# Die Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Viktor Thewes

aus Saarbrücken

1939

Druck: Buchdruckerei Rudolf Goldschagg, Freiburg i. Br.

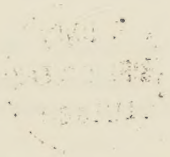
Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 5. August 1937.

Berichterstatter: Professor Dr. Felgentraeger

Tag der mündlichen Prüfung: 6. August 1937.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0046

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

A. Einleitung . . . . . 9
B. Abhandlung . . . . . 11

1. Kapitel.

Das Verlassen und seine Bedeutung gegenüber ehelicher Lebensgemeinschaft und häuslicher Gemeinschaft . . . . . 11

§ 1 Grundsätzliche Ehepflichten, insbesondere eheliche Lebensgemeinschaft . . . . . 11
I. Eheliche Lebensgemeinschaft . . . . . 12
II. Häusliche Gemeinschaft . . . . . 14

§ 2 Allgemeines über die Folgen des Verlassens . . . . . 15
I. Begriff des Verlassens . . . . . 16
II. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft . . . . . 17

2. Kapitel.

Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau bezüglich Unterhaltsanspruch 20

§ 3 Allgemeine Grundsätze . . . . . 20

§ 4 Die Anwendbarkeit des § 1361 BGB. auf den Unterhaltsanspruch der verlassenen Ehefrau . . . . . 25

§ 5 Rechte der Ehefrau bezüglich Wohnung und Haushaltungsgegenstände . . . . . 30

3. Kapitel.

Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau bezüglich Weiterbestehen der Schlüsselgewalt . . . . . 34

§ 6 Wesen und Bedeutung der Hausleitungs- und Schlüsselgewalt 34

§ 7 Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens in ihrem Verhältnis zur Schlüsselgewalt . . . . . 36

4. Kapitel.

Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau bezüglich Fürsorge und Vertretung der Kinder . . . . . 43

§ 8 Fürsorge und Vertretung der Kinder bei Bestehen der häuslichen Gemeinschaft. Allgemeine Grundsätze . . . . . 43
I. Personenfürsorge . . . . . 44
II. Vermögensfürsorge . . . . . 45
III. Vertretung der Kinder in persönlichen und Vermögensangelegenheiten . . . . . 46

Seite

§ 9 Fürsorge und Vertretung der Kinder bei Trennung der Ehegatten, insbesondere bei unberechtigter Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft durch den Mann . . . . . 46

I. Verbleibt dem Vater das Personen- und Vermögensfürsorgerecht? . . . . . 47

1. Entziehung nach § 1666 BGB. . . . . 47
2. Verhinderung im Sinne des § 1685 BGB. . . . . 51

II. Wirkung des Getrenntlebens auf einzelne Zweige der elterlichen Gewalt . . . . . 53

1. Erziehungs- und Beaufsichtigungsrecht . . . . . 53
2. Aufenthaltsbestimmungsrecht und Herausgabeanspruch gemäß § 1632 BGB. . . . . 53

5. Kapitel.

Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau in Güterstandsfragen beim gesetzlichen Güterstand . . . . . 56

§ 10 Die Unwirksamkeit des Getrenntlebens auf die Güterrechtsverhältnisse im allgemeinen . . . . . 56

§ 11 Die Folgen des Getrenntlebens im Hinblick auf die Gestaltung der Güterrechtsverhältnisse im einzelnen . . . . . 56

I. Einwirkung der tatsächlichen Trennung auf die eheherrliche Verwaltung u. Nutznießung am eingebrachten Gut der Frau 56

1. Die einzelnen Rechte des Mannes . . . . . 57
   a) Besitzrecht § 1373 . . . . . 57
   b) Verfügungsrecht § 1375 . . . . . 60
   c) Recht auf Zustimmung § 1379 . . . . . 62
   d) Prozeßstandschaft § 1380 . . . . . 63
   e) Nutznießungsrecht § 1383 . . . . . 64
2. Die einzelnen Pflichten des Mannes . . . . . 65
   a) Prozeßkostenpflicht § 1387 . . . . . 65
   b) ehelicher Aufwand § 1389 . . . . . 66
3. Verfügungsbeschränkungen der Frau § 1395 — § 1398 . 67
4. Verpflichtungsgeschäfte der Frau § 1399 . . . . . 68
5. Entbehrlichkeit der Zustimmung des Mannes § 1401 . . 69
6. Selbständiges Erwerbsgeschäft der Frau § 1405 . . . 71
7. Selbständigkeit der Frau § 1406 — § 1407 . . . . . 74

II. Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse am Vorbehaltsgut 74

III. Die Trennung als Anlaß zur Beendigung des Güterstandes 77

1. Verzicht des Mannes . . . . . 77
2. Klage der Frau . . . . . 78
3. Auseinandersetzung . . . . . 82

C. Schluß . . . . . .

# Literaturverzeichnis.


Archiv für bürgerliches Recht = ArchBürgR. (1888—1919)

Dernburg H., Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 4. Band, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl., Halle 1908.

Deutsche Juristenzeitung = DJZ., Berlin, Verlag von Otto Liebmann.

Eccius, Unterhaltsanspruch der verlassenen Ehefrau, DJZ. 1901 S. 110.

Endemann F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Auflage, 2. Band, 2. Abteilung, Familienrecht, Berlin 1908.

Enneccerus-Wolff-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Familienrecht, Marburg 1932.

Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen Ob. L. G.
— des Kammergerichts Berlin,
— der Oberlandesgerichte = O. L. G.
— des Reichsgerichts in Zivilsachen = R. G. Z.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Berlin, Verlag von Franz Vahlen.

Hollaender A., Der Unterhaltsanspruch der getrennt lebenden Frau, Gruchots Beiträge Band 70 S. 473.

Hörle, Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach § 1353 — § 1361 BGB., ArchBürgR. Band 31 S. 119 ff.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit = KGJ, Berlin, Verlag von Franz Vahlen.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Juristische Wochenschrift = JW., Leipzig, W. Moeser.

Littmann Georg, Das Bankguthaben, Tübingen 1931.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 4, 1888.

Neumann H., Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1912.

Nußbaum A., Das Geld, 1925.

Opet, Kommentar zum Familienrecht, Berlin 1906.

Planck-Strohal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Abschnitt (§ 1297 — § 1588), 4. Auflage, Berlin 1928, Walter de Gruyter.

Recht = Das „Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Th. Soergel, Hannover.

Reerink G., Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Ehegatten, Gruchots Beiträge Band 56 S. 704.

Reichsgerichtsräte — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht, 4. Band, 8. Auflage, Berlin 1935, Walter de Gruyter.
R. J. A. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchamts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Savignys System I.
Scheppler Franz, Die Alimentationspflicht der Ehegatten, Würzburger Inaug.-Diss., München 1909.
Scriba Ludwig, Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Inaug.-Diss., Borna/Leipzig 1910.
Schmidt, Kommentar zum Familienrecht, München 1907.
Schwister in JW 1932 S. 3437.
Seufferts Archiv = Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, München und Berlin, Verlag von R. Oldenburg.
Siebert Wolfgang, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.
Staudinger-Engelmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Band, Familienrecht, 9. Auflage,
1. Teil, München 1926, J. Schweitzer,
2. Teil, München 1926, J. Schweitzer.
Steinberg, JW 1931 S. 1390.
Ullmann, Die Zulässigkeit der vorläufigen Aufhebung des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung durch einstweilige Verfügung, JW 1902, S. 205 ff.
Warneyers Rechtssprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, Leipzig 1930, Roßbergsche Verlagsbuchhandlung.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, ArchBürgR. Band 26, S. 55 ff.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, Band 1, 1900.

# A. Einleitung.

Die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der heutigen Zeit, sowie die geistige Umwälzung, die auch im Eheleben nicht unbemerkt geblieben ist, haben bewirkt, daß eine große Anzahl von Ehegatten getrennt leben. Oft wird aber auch die Ursache darin zu suchen sein, daß der Ehemann, der ehelichen Gemeinschaft überdrüssig, ein sogenanntes Verhältnis mit einer Freundin unterhält und sich von seiner Familie einfach trennt. Die notwendige Folge ist, daß der Mann, dem die Frau nun gleichgültig geworden ist, seine Verpflichtungen gegenüber Frau und Kindern häufig vernachlässigt und somit eine Verschlechterung der Lebensstellung der verlassenen Familienmitglieder, insbesondere der verlassenen Ehefrau eintritt. Wenn es in solchen Fällen nicht zur Scheidung der Ehe kommt, so nur deswegen, da die Ehefrau mit Rücksicht auf sich und ihre Kinder von ihrem Recht auf Scheidung der Ehe in den meisten Fällen keinen Gebrauch machen wird. Daß ihr ein Scheidungsgrund unter den vorliegenden Umständen zusteht, wird man wohl annehmen dürfen; aus ideellen Gründen jedoch, vornehmlich der Kinder wegen und um nicht mit dem Makel der Scheidung behaftet zu sein, aber auch aus materiellen Rücksichten, z. B. wegen der ihr gegebenenfalls als Ehefrau zustehenden späteren Versorgung oder wegen des Verlusts des Erbrechts, wird die Frau oft die Klage auf Ehescheidung nicht erheben.

Andererseits wird es auch zahlreiche Fälle geben, in denen der Mann sich oft nicht ohne ihr Verschulden entfremdet hat und fortgeht. Wenn er sich nicht scheiden lassen will, so entsteht ebenfalls eine solche Trennung. Man denke nur an den häufig eintretenden Fall, daß die Ehefrau nichtarisch ist und der Mann eine Auflösung der Ehe nicht erreichen kann, da ihm die

Anfechtungsklage nach § 1333 bzw. nach § 1339 versagt ist[1]). Hier wird er sich wenigstens durch die tatsächliche Trennung von der häuslichen Gemeinschaft fernhalten.

Das Getrenntleben der Ehegatten wird also bei dieser Lage zu einer Dauertrennung, die jedoch in dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht die gebührende Berücksichtigung gefunden hat. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß der Gesetzgeber ein Feind dieses Getrenntlebens ist und klare Fronten wünscht, also entweder volle Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch das Zusammenleben der Ehegatten in der häuslichen Gemeinschaft oder Scheidung der Ehe. Im Zwischenzustand des Getrenntlebens sieht der Gesetzgeber eine unfruchtbare Bindung, die weder den Zwecken der Ehe noch den Interessen von Staat und Volk entspricht. Daß bei dieser Grundeinstellung des Gesetzgebers die rechtliche Stellung des verlassenen Ehegatten, insbesondere der verlassenen Ehefrau, schwach ist, ist nur zu verständlich. Es war deshalb notwendig, diese Regelung durch die Rechtsprechung auszubauen; nur so war es möglich, der Ehefrau, die ohne Grund von ihrem Manne verlassen worden ist, einen hinreichenden Schutz zu gewähren. Trotzdem entspricht in mancherlei Hinsicht, insbesondere bei den Bestimmungen über Fürsorge und Vertretung der Kinder, das Ergebnis den praktischen Bedürfnissen nicht voll. Zweck der Untersuchung soll sein darzulegen, wie sich die rechtliche Stellung der verlassenen Ehefrau nach dem heutigen Stande der Rechtsprechung kennzeichnen läßt, und dabei insbesondere die beiden Fälle zu betrachten, daß die Frau m i t und o h n e Grund verlassen worden ist.

[1]) s. hierzu die grundlegenden Entscheidungen des RG., Bd. 145, S. 1 ff. und S. 8 ff.: der Ablauf der Anfechtungsfrist, als deren Beginn der 15. 4. 1933 angesehen werden kann, kann dazu führen, daß der Anfechtungsklage wegen Fristversäumnis gemäß § 1339 I nicht mehr stattgegeben werden kann. RG., Bd. 145, S. 12.

# B. Abhandlung.

## Erstes Kapitel.

## Das Verlassen und seine Bedeutung gegenüber ehelicher Lebensgemeinschaft und häuslicher Gemeinschaft.

### § 1

### Grundsätzliche Ehepflichten, insbesondere eheliche Lebensgemeinschaft.

Die in dem bürgerlichen Gesetzbuch im ersten Abschnitt, 5. Titel des Familienrechts enthaltenen Vorschriften über „Wirkungen der Ehe im allgemeinen" bringen keineswegs alle durch die Ehe begründeten Rechte und Pflichten zum Ausdruck. Eine Spezialisierung von Rechten und Pflichten hat der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen unterlassen, statt dessen aber eine Art Blankettvorschrift aufgestellt, die als Ausgangspunkt jeder ehelichen Pflicht anzusehen ist: die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 I. BGB.). Diesem Grundsatz sind die nachfolgenden einzelnen Rechte und Pflichten (§ 1354 — § 1361), die die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten zum Gegenstand haben, untergeordnet, insbesondere das Entscheidungsrecht des Mannes in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten und die daraus resultierende Folgepflicht der Frau (§ 1354 I); die der Frau als Leiterin des Hauswesens zustehende Schlüsselgewalt und die für den Mann sich ergebende Verpflichtung, alle von der Frau innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises vorgenommenen Rechtsgeschäfte gegen sich gelten zu lassen (§ 1357); die gegen-

seitige Sorgfaltspflicht nach dem Grundsatz der culpa in concreto (§ 1359); die Unterhaltspflicht der Ehegatten (§§ 1360, 1361).

## I. Eheliche Lebensgemeinschaft.

Aus diesen Vorschriften geht die Verschiedenartigkeit der dem einzelnen Ehegatten obliegenden Pflichten hervor. Anders bei der Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Sie trifft jeden Ehegatten in gleicher Weise. Hier wird jedem Ehegatten ein solches Verhalten zur Pflicht gemacht, wie es dem Wesen der Ehe als einer sittlichen Gemeinschaft entspricht und wie es mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist[1]). Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß der Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft sich in erster Linie nach den Regeln der Sittlichkeit bestimmt; diese aber wiederum sind umfassendster Art und hängen von verschiedenen Umständen ab, z. B. der wirtschaftlichen, geistigen und sozialen Stellung der Ehegatten; sie erschweren daher eine Begriffsbestimmung. Wollte daher der Gesetzgeber nicht mit den Anschauungen der Sitte in Widerspruch geraten, so mußte er es bei diesem allgemeinen Grundsatz belassen; denn was bei der innigen persönlichen Beziehung, die die Ehe zwischen zwei Menschen herstellt, die Sittlichkeit im Einzelfall gebietet, wird letzten Endes einer rechtlichen Regelung immer unzugänglich bleiben müssen. Schon die „Motive"[2]) haben sich lediglich mit einem Hinweis auf die sittliche Natur der Ehe begnügt, um damit im Einzelfall ein Anhaltspunkt für das pflichtgemäße Verhalten eines Ehegatten zu sein, lassen im übrigen aber eine Feststellung des Inhalts der ehelichen Lebensgemeinschaft vermissen.

Wohl ergeben sich aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft verschiedene allgemeine Pflichten, z. B. gegenseitige Treue, gegenseitige Beistandspflicht, das Zusammenleben in der ehelichen und häuslichen Gemeinschaft[3]), aber damit ist nicht

[1]) Motive IV, S. 104.
[2]) Motive IV, S. 104.
[3]) RG., Bd. 97/287.

eine erschöpfende Kennzeichnung des sittlichen Inhalts der ehelichen Lebensgemeinschaft gegeben.

Eine genaue Grenze der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft besteht nicht; im weitesten Sinne läßt sie sich höchstens dahingehend formulieren, daß sie die Ehegatten zu einem solchen Verhalten verpflichtet, welches dem sittlichen Wesen der Ehe nicht zuwiderläuft: die Ehegatten dürfen also alles tun, was sich mit diesem Zweck verträgt. Erfüllen daher die Ehegatten ihre Verpflichtungen in diesem Sinne, so ist der Zustand erreicht, den der Gesetzgeber mit dem Grundsatz „der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft" bezweckte.

Bei dieser Betrachtung entsteht die wichtige Frage, ob jede sittliche Pflicht, die sich aus dieser Auffassung des Wesens der ehelichen Lebensgemeinschaft ergibt, auch gleichzeitig eine Rechtspflicht ist. Staudinger[1]) bejaht dies uneingeschränkt und verweist zur Begründung seiner Ansicht auf die Motive[2]), die eine ähnliche Auffassung vertreten. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Wetzel[3]), der den sittlichen Maßstab der Ehe überhaupt ablehnt und unter ehelicher Lebensgemeinschaft nur häusliche Lebensgemeinschaft, Haushaltungsgemeinschaft und Geschlechtsgemeinschaft versteht. Zur Rechtfertigung seiner Meinung sagt er, daß die Anschauungen über die sittlichen Pflichten grundverschieden sind und deswegen keinen festen Maßstab bieten können.

Diese Auffassung ist nur zu einem geringen Teile richtig. Wohl sind die Merkmale der häuslichen, Haushaltungs- und Geschlechtsgemeinschaft in dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft enthalten, sie sind jedoch nicht ihr allein bestimmender Inhalt; den Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft auf diese Merkmale beschränken zu wollen, dürfte deswegen nicht gerechtfertigt erscheinen, weil eine derartige Beschränkung aus

[1]) Staudinger, § 1353, 1.

[2]) Motive IV, S. 104: hier ist ausgeführt, daß wie im Obligationenrecht Treu und Glauben, so im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bildet, von der bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen ist. Daraus folgert Staudinger seine obige Auffassung.

[3]) Wetzel ArchBürgR. Bd. 26, S. 55.

dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen ist. Im Gegenteil, der Gesetzgeber hat, wie die „Motive“[1]) hervorheben, das Sittliche dieser Verpflichtungen im Auge gehabt. Es führt deshalb zu weit, wenn Wetzel die Verschiedenartigkeit der Anschauungen über die sittlichen Pflichten folgert und deswegen den sittlichen Maßstab überhaupt ablehnt. Würde man nur diese Auffassung gelten lassen, so würde man die Ehe, die doch ein natursittliches Verhältnis[2]) sein soll, zu einer rechtlichen Interessengemeinschaft erniedrigen.

Eine Mittelstellung nimmt Endemann[3]) ein, der zwar den Kreis der zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehörenden Pflichten erweitert, indem er als Rechtspflichten diejenigen Pflichten ansieht, deren Verletzung das Recht auf Scheidung begründet, im übrigen aber den sittlichen Maßstab ebenfalls ablehnt. Auch dieser Auffasung ist, da sie schon dem geltenden Recht widerspricht, aus den schon oben (S. 13) angeführten Gründen nicht zuzustimmen.

Am ehesten wird der Lösung der Frage noch die Auffassung von Staudinger gerecht. Es geht zwar auch zu weit, wenn man jede sittliche Pflicht, die sich aus dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft als einer sittlichen Gemeinschaft ergibt (s. oben S. 12), zu einer Rechtspflicht erhebt (s. oben S. 13), aber in der grundsätzlichen Anerkennung des sittlichen Maßstabs der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist eine brauchbare Grundlage zur Lösung dieser Frage gefunden. Nicht jeder geringfügige Verstoß eines Ehegatten gegen diese Verpflichtung ist Verletzung einer Rechtspflicht, sondern nur diejenigen Verstöße sind als Rechtspflichtverletzungen anzusehen, denen, wie Scriba[4]) zutreffend sagt, eine gewisse Erheblichkeit innewohnt.

### II. Häusliche Gemeinschaft.

Wie schon oben angedeutet (s. oben S. 13), ist in dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft der Begriff der häuslichen

[1]) Motive IV, S. 104.
[2]) Savignys System I, S. 343, 387.
[3]) Endemann, Bd. 2, § 169, 1, b.
[4]) Scriba S. 39.

Gemeinschaft enthalten. Im allgemeinen versteht man darunter das Zusammenleben der Ehegatten in gemeinsamen Räumen, wobei die häusliche Gemeinschaft als der örtliche Mittelpunkt der ehelichen Lebensgemeinschaft angesehen wird und die äußere Form, in der die eheliche Lebensgemeinschaft sich vollzieht[1]). So wie die eheliche Lebensgemeinschaft die gesamte Lebensführung der Ehegatten umfaßt, insbesondere die Förderung und Erfüllung der Lebensaufgaben der Ehegatten bezweckt, so soll die häusliche Gemeinschaft die äußere Grundlage bilden, in der diese Erfüllung erst möglich wird. Die eheliche Lebensgemeinschaft ist grundsätzlich durch die häusliche Gemeinschaft bedingt; diese bildet eine wesentliche Voraussetzung zur vollen Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft umfaßt daher in der Regel auch gleichzeitig die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft, wird aber durch deren Aufhebung nicht notwendigerweise beeinträchtigt; es ist jedenfalls anerkanntes Recht, daß die eheliche Gemeinschaft in Ausnahmefällen besonderer Art auch ohne die häusliche Gemeinschaft zu bestehen vermag[2]); sie wird nur durch deren Aufhebung ihres wichtigsten Zweckes beraubt.

Die Verpflichtung der Ehegatten zur häuslichen Gemeinschaft ergibt sich somit als eine wichtige Ehepflicht überhaupt, woraus auch gleichzeitig hervorgeht, daß die Ehegatten alles zu unterlassen haben, was die Erfüllung dieser Verpflichtung unmöglich macht, insbesondere was zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft führt.

## § 2.

### Allgemeines über die Folgen des Verlassens.

Die bisherige Erörterung sollte einen kurzen Überblick über die wichtigsten Ehepflichten, insbesondere über die Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen und damit zur häuslichen Gemeinschaft geben. Im folgenden wird nun zu zeigen sein, welche

[1]) RG., Bd. 54, S. 340.
[2]) RG., Bd. 95, S. 332 ff.; RG. Warn. 1918, S. 210.

Rechtsfolgen eintreten, wenn diesen Verpflichtungen nicht genügt wird. Der im täglichen Leben häufig eintretende Fall, daß der Ehemann die Ehefrau verläßt, soll dabei zur Erläuterung der Frage dienen, in welcher Weise das zwischen Ehefrau und Ehemann bestehende Rechtsverhältnis sich durch die Trennung der Ehegatten verändert.

## I. Begriff des Verlassens.

Bevor jedoch auf die Folgen im einzelnen, insbesondere auf Unterhaltspflicht, Weiterbestehen der Schlüsselgewalt, Vertretung der Kinder, Vermögens- und Fürsorgefragen eingegangen werden kann, muß der Begriff des Verlassens klargestellt werden. Zunächst ist zu fragen, welche Merkmale für diesen Begriff bestimmend sind, insbesondere auch, wann das Verlassen zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft führt. Das Gesetz selbst bietet keinerlei Anhaltspunkt dafür, auch in der Literatur ist diese Frage kaum erörtert, lediglich die Rechtsprechung[1]) hat dazu Stellung genommen.

In der bloßen Abwesenheit des Ehemannes von der ehelichen Wohnung wird man ein Verlassen in rechtlichem Sinne nicht erblicken dürfen, hinzutreten muß vielmehr die innere Gesinnung, insbesondere der Wille, mit dem anderen Ehegatten nicht mehr zusammenzuleben. Im Augenblick, da dieser Wille sich in solche Formen umsetzt, die auch das äußere Merkmal der Trennung der Ehegatten erkennen lassen, wird man auch eine Trennung der Ehegatten im rechtlichen Sinne annehmen dürfen. Darin liegt sowohl ein subjektives Merkmal — nämlich der Wille, nicht mehr mit dem anderen Ehegatten zusammenzuleben — als auch ein objektives Merkmal — die tatsächliche Trennung der Ehegatten. Erst beide Merkmale zusammen bilden in der Regel den Fall des Verlassens.

Es fragt sich dabei, ob der Begriff des Verlassens mehr auf subjektiven oder objektiven Gesichtspunkten beruht. Theoretisch läßt sich diese Frage wohl kaum beantworten, man muß vielmehr an Hand von praktischen Beispielen die Entscheidung suchen.

[1]) RG., Bd. 53, S. 340.

Nehmen wir beispielsweise an: der Ehemann hat die Ehefrau verlassen, die Frau hat Klage auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft erhoben (Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens § 1353 BGB., § 606 ZPO., § 615 ZPO.); dem Urteil, welches dem Klagebegehren der Ehefrau stattgibt, leistet der Mann scheinbar Folge: er findet sich wieder in der ehelichen Wohnung ein, hat jedoch in Wirklichkeit gar nicht die Absicht der Wiederherstellung. Er tut es z. B. nur, um das sonst auf Grund des § 1567 II. Nr. 1 (Quasidesertion) entstehende Scheidungsrecht der Ehefrau zu zerstören, und will sich nach ganz kurzer Zeit wieder aus der ehelichen Wohnung entfernen.

Dieses Beispiel stellt klar, daß, obwohl im objektiven Sinne mit dem Zeitpunkt der Rückkehr des Mannes ein Verlassen der Ehefrau nicht mehr gegeben sein kann, ein solches doch angenommen werden muß; das Ergebnis wäre sonst unbillig und würde dem Rechtsempfinden nicht entsprechen; es fehlt also an einem Merkmal. Dieses kann im vorliegenden Fall nur in der subjektiven Seite liegen, da nämlich die Absicht der Wiederherstellung bei dem zurückkehrenden Ehemann vorhanden sein muß[1]).

In den meisten Fällen dürfte daher m. E. das subjektive Merkmal vorzugsweise maßgebend sein.

### II. Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.

Wann führt nun das Verlassen zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft? Auch hier sind wiederum subjektive und objektive Gesichtspunkte entscheidend. Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß der Ehemann, der die Ehefrau grundlos verläßt, sich seiner Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft entzieht. Erfolgt das Verlassen in der Absicht, die häusliche Gemeinschaft nicht wiederherzustellen, so ist diese auch als aufgehoben anzusehen; denn eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kann nicht nur durch Vereinbarung der Ehegatten, sogenannte zweiseitige Trennung der Ehegatten, sondern auch durch einseitige Trennung herbeigeführt werden. Es ist jeden-

[1]) RG., Bd. 107, S. 333.

falls allgemein anerkannt[1]), daß im Falle des Getrenntlebens der Ehegatten — und dieses kann auch durch einseitigen Entschluß des Ehemannes gegeben sein (s. oben S. 16 u. 17) — die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Bestätigt wird dies auch durch den Wortlaut des § 1567 II Nr. 2 BGB., wo es heißt, daß ein Ehegatte sich gegen den Willen des anderen Ehegatten von der häuslichen Gemeinschaft fernhält, also die Verschiedenartigkeit der Willensrichtungen der Ehegatten gekennzeichnet ist. Damit ist auch gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft sich durch den einseitigen Willensakt eines Ehegatten vollziehen kann.

Läßt sich nun auch der Fall denken, daß die häusliche Gemeinschaft auch dann aufgehoben ist, wenn dies nicht dem Willen des abwesenden Ehegatten entspricht, wobei also das unterscheidende Merkmal für Bestehen oder Fehlen der häuslichen Gemeinschaft auf einem objektiven Moment beruht?

Man wird davon ausgehen müssen, daß die Erfüllung der durch die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft gebotenen Lebensaufgaben erst in der häuslichen Gemeinschaft möglich ist. Kann daher ein Ehegatte diesen Verpflichtungen nicht nachkommen, weil er tatsächlich verhindert ist, so ist die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auch dann anzunehmen, wenn dies nicht seinem Willen entspricht. Man denke nur an den Fall, daß der Ehemann zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Hier wird der verurteilte Ehemann meistens gar nicht die Absicht haben, die häusliche Gemeinschaft nicht herstellen zu wollen.

Schwieriger ist die Entscheidung schon in folgendem Falle: der Ehemann muß auf Grund seiner Berufstätigkeit mehrere Jahre im Ausland verweilen und der ehelichen Wohnung fernbleiben. Man wird sich einerseits von dem Gedanken leiten lassen, daß das Zusammenleben in der häuslichen Gemeinschaft Grundvoraussetzung für die eheliche Lebensgemeinschaft ist und daß eine mehrjährige Abwesenheit des Ehemannes die Erfüllung dieser Verpflichtung unmöglich macht; andererseits steht

[1]) Staudinger § 1361,2; Planck § 1361,21.

dieser Erwägung aber die Tatsache entgegen, daß die Berufstätigkeit des Mannes, gleichviel welcher Art sie ist, ein wesentliches Erfordernis für die Sicherstellung der ehelichen Bedürfnisse, insbesondere des ehelichen Aufwandes bedeutet und deswegen Maßnahmen erforderlich macht, die dem Zweck der ehelichen Lebensgemeinschaft scheinbar zuwiderlaufen. Das Reichsgericht[1]) hat hierzu folgende Grundsätze ausgesprochen:

a) Beruht die Abwesenheit eines Ehegatten von der ehelichen Wohnung auf einem Umstand, der sich nach den bestehenden Lebensverhältnissen der Ehegatten als ein natürlicher, aus dem regelmäßigen Laufe der Dinge ergibt, so ist eine Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht anzunehmen. Demnach wäre also im letzterwähnten Falle die häusliche Gemeinschaft nicht aufgehoben.

b) Läßt sich aber die Abwesenheit auf Umstände zurückführen, die außerhalb des gewöhnlichen und natürlichen Laufs der Dinge, insbesondere außerhalb der Anforderungen der Berufs- oder sonstigen Geschäfte des abwesenden Ehegatten liegen, so gilt die häusliche Gemeinschaft als aufgehoben. Hiernach würde also in dem Fall, daß der Ehemann zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden wäre, die häusliche Gemeinschaft als aufgehoben zu betrachten sein.

Aus der bisherigen Untersuchung ergibt sich, daß in dem Augenblick, da der Ehemann die Frau verläßt, dies in den meisten Fällen auch Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft bedeutet. Dennoch muß juristisch beides voneinander unterschieden werden, da die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft erst eine Folge des Verlassens darstellt.

[1]) RG., Bd. 53, S. 340.

## Zweites Kapitel.

# Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau bezüglich des Unterhaltsanspruches.

Mit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, die in dem Augenblick eintritt, da der Mann die Frau verläßt, erfährt die Unterhaltspflicht der Ehegatten eine notwendige Änderung. Die Unterhaltsgewährung in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise (§ 1360 III 1 BGB.) — man nennt sie schlechthin Naturalgewährung — kann nicht mehr möglich sein, da mit dem Fehlen der häuslichen Gemeinschaft die wichtigste Voraussetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr vorhanden ist, insbesondere die äußere Grundlage fehlt, um den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren. Daß die Unterhaltspflicht nicht etwa wegfällt, sondern der unterhaltspflichtige Ehegatte — in der Regel der Ehemann — nach wie vor seiner Unterhaltspflicht nachkommen muß, unterliegt keinem Zweifel. Es fragt sich nur, welche Abweichungen sich von der allgemeinen Alimentationsgewährung ergeben und auf welche rechtlichen Gesichtspunkte die verlassene Ehefrau ihren Anspruch stützen kann.

### § 3

### Allgemeine Grundsätze.

Aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringt als eine sehr wichtige Pflicht die Unterhaltsgewährung der Ehegatten. Mit dem Abschluß einer Ehe, die den Formvorschriften des § 1317 BGB. genügt, gelangt die Unterhaltspflicht zur Entstehung. Ob alsdann der Mann oder die Frau unterhaltsverpflichtet bzw. unterhaltsberechtigt sind, hängt von besonderen

Voraussetzungen ab. Aus dem sittlich-natürlichen Grundsatz, daß der Mann als Haupt der ehelichen Gemeinschaft die ehelichen Lasten zu tragen hat[1]), bestimmt die Rechtsordnung (§ 1360 I BGB.) für den Ehemann die Unterhaltspflicht, die damit als allgemeiner Grundsatz aufgestellt ist.

Seiner rechtlichen Natur nach ist der Unterhaltsanspruch teils vermögensrechtlicher, teils personenrechtlicher Art und nimmt zwischen diesen beiden Polen die Mitte ein. Art. 199 EGBGB. spricht von „den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten, insbesondere der gegenseitigen Unterhaltspflicht", § 1345 BGB. hebt dagegen „das Verhältnis der Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht" hervor. Seinem Gegenstand nach ist der Unterhaltsanspruch auf eine vermögensrechtliche Leistung gerichtet und insofern schuldrechtlicher Natur; sein Ursprung aber liegt in der Ehe und zeigt deshalb familienrechtlichen Charakter[2]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 1360 I: der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Diese drei Merkmale, die für das Maß des der Frau zu gewährenden Unterhalts bestimmend sind, sind verschiedener Art. Unter Lebensstellung des Mannes ist seine soziale, d. h. die seinem Stande entsprechende Stellung zu verstehen, woraus folgt, daß er der Frau den standesmäßigen Unterhalt zu gewähren hat. Der Maßstab des Vermögens ist rein materiell wirtschaftlicher Art und richtet sich lediglich nach dem, was objektiv vorhanden ist, während die Erwerbsfähigkeit des Mannes sich nach dem individuellen und wirtschaftlichen Können des Mannes und der entsprechenden Verwertbarkeit dieses Könnens bemißt[3]). Die gleichmäßige Berücksichtigung dieser Faktoren ist für die Bemessung des Unterhalts erforderlich.

Eine obere Grenze für das Maß des Unterhalts besteht in der Gewährung des standesmäßigen Unterhalts; der standesmäßige Unterhalt stellt das Höchstmaß des zu leistenden Unter-

[1]) Motive IV, S. 123.
[2]) s. Scheppler S. 1.
[3]) vgl. Hollaender in Gruchot, Bd. 70, S. 473.

halts dar[1]); darüber hinaus braucht nicht alimentiert zu werden. Eine genaue untere Grenze, die etwa das Minimum der Alimentationsgewährung festsetzte, besteht nicht; eine Einschränkung auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs, so daß dieser hinter dem standesmäßigen Unterhalt zurückbliebe, kann nur durch die Leistungsunfähigkeit, d. h. Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit[2]) des Mannes gegeben sein. Weichen also Vermögen oder Erwerbsfähigkeit in erheblichem Maße von der Lebensstellung des Mannes ab, so muß sich die Frau mit weniger als dem standesmäßigen Unterhalt begnügen. Wenn im praktischen Einzelfall die Verhältnisse so liegen, daß Lebensstellung, Vermögen und Erwerbsfähigkeit des Mannes nicht zueinander passen, so ist der Mann nicht berechtigt, seinen eigenen standesmäßigen Unterhalt vorwegzunehmen, sondern muß alles, was er hat, mit der Frau teilen[3]).

Während bei der Unterhaltsgewährung gegenüber Verwandten die Unterhaltspflicht von der Bedürftigkeit des Berechtigten abhängig ist (§ 1602 I), ist eine solche Voraussetzung bei dem Unterhaltsanspruch der Ehefrau nicht erforderlich; sie kann den Unterhalt auch dann beanspruchen, wenn sie eigenes Vermögen hat. Andererseits ist die Bedürftigkeit des Mannes, die bei Vermögenslosigkeit oder Nichtverwertbarkeit seines Vermögens und Erwerbsunfähigkeit gegeben ist[4]), Voraussetzung für die Unterhaltspflicht gegenüber dem Mann (§ 1360 II).

Die regelmäßige Art der Unterhaltsgewährung bildet die Leistung des Unterhalts in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise (§ 1360 III). Begriffsmäßig setzt dies das Vorhandensein der häuslichen Gemeinschaft voraus. Das Charakteristische für die Unterhaltsgewährung in der häuslichen Gemeinschaft ist, daß hier eine unmittelbare Befriedigung der Lebensbedürfnisse stattfindet[5]). Diese kann darin bestehen, daß

[1]) RG.Räte § 1360, 1, 9.
[2]) Planck § 1360, 1, a; Hörle im ArchBürgR., Bd. 31, S. 160.
[3]) Das ergibt sich aus § 1360 I; s. dazu Planck § 1360, 1, a; RG.Räte § 1360, 1; Motive IV, S. 123.
[4]) Planck § 1360, 1, a.
[5]) vgl. Reerink in Gruchot, Bd. 56, S. 722.

der Mann selbst die für den gemeinschaftlichen Lebensbedarf erforderlichen Mittel beschafft oder der Frau einen Barbetrag — sog. Haushaltungsgeld — zur Verfügung stellt, der die Beschaffung dieser Mittel ermöglichen soll, gleichzeitig aber auch der unmittelbaren Befriedigung ihrer persönlichen Bedürfnisse dient[1]). Auch diese regelmäßige Entrichtung eines Geldbetrages fällt unter den Begriff der „Naturalgewährung"[2]) und ist nicht etwa mit der im § 1361 erwähnten Geldrente zu verwechseln. Wichtigstes Unterscheidungsmerkmal hierfür ist, daß im ersteren Falle die Unterhaltsgewährung sich innerhalb, im letzteren Falle außerhalb der häuslichen Gemeinschaft, also bei Trennung der Ehegatten vollzieht (s. oben S. 17). Während im letzteren Falle sich die Unterhaltsverpflichtung des Mannes im allgemeinen in der Zahlung einer Geldrente erschöpft (s. aber unten § 5 S. 31), ist im ersteren Fall die Entrichtung eines Geldbetrages nur ein Teil der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Unterhaltsgewährung. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal wird darin zu suchen sein, daß die in § 1361 vorgesehene Geldrente eine genau bestimmte Höhe aufweist, hingegen die Entrichtung eines Geldbetrages im Sinne des § 1360 I ganz im Belieben des Mannes liegt und daher auch unbestimmt ist.

An die Gewährung einer Geldrente knüpft das Gesetz eine dreifache Voraussetzung:

a) Die Ehegatten müssen getrennt leben. Getrenntleben liegt vor, wenn die Ehegatten nicht in häuslicher Gemeinschaft leben[3]). Dieser Fall ist gegeben, wenn der Mann die Frau verlassen hat.

b) Einer der Ehegatten, gleichgültig welcher, muß die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern dürfen[4]), und

c) von diesem Recht auch Gebrauch machen.

[1]) s. Reerink in Gruchot, Bd. 56, S. 722.

[2]) s. Staudinger § 1360, 4, d.

[3]) Planck § 1361, 21 u.
Staudinger § 1361, 2, a.

[4]) Nach Staudinger § 1361, 2, b muß der Verweigerung der Herstellung der häuslichen Gemeinschaft durch einen Ehegatten eine besondere Aufforderung von Seite des anderen Ehegatten vorausgegangen sein. Die herrschende Lehre lehnt diesen Standpunkt ab: vgl. Planck § 1361, 23; Enneccerus-Wolff, Familienrecht § 32, Note 8; sowie OLG. Braunschweig 9. II. 1906; OLG. Kassel 10. I. 1907.

Unter den Begriff der Verweigerung des ehelichen Lebens fällt auch die Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft, da das Verlangen nach Herstellung der häuslichen Gemeinschaft immer nur mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens verfolgt werden kann (s. § 606, § 615 ZPO.).

Die Berechtigung eines Ehegatten, die häusliche Gemeinschaft zu verweigern, sich also von dem anderen Ehegatten mit rechtlicher Wirksamkeit trennen zu dürfen, ist gegeben

a) wenn der andere Ehegatte die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verlangt, dieses Verlangen sich aber als ein Mißbrauch seines Rechts darstellt (§ 1353 II 1). Wann ein Mißbrauch vorliegt, ist im wesentlichen Ermessensfrage, und ist unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe sowie der rechten ehelichen Gesinnung als auch unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zu entscheiden[1]).

b) Des weiteren darf ein Ehegatte sich von dem anderen Ehegatten trennen, wenn er berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen (§ 1353 II 2)[2]).

c) Die Trennung eines Ehegatten ist auch dann rechtmäßig, wenn sie in einem auf Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe gerichteten Rechtsstreit vom Gericht gestattet ist (durch einstweilige Verfügung § 627 ZPO.)[3]).

Steht also einem Ehegatten, sei es dem Unterhaltsberechtigten oder dem Unterhaltsverpflichteten, einer dieser Trennungsgründe zur Seite, und macht er auch von diesem Trennungsrecht Gebrauch, so hat der unterhaltsberechtigte Ehegatte — in der Regel die Ehefrau — einen Anspruch auf Gewährung einer Geldrente. Damit ist also das in § 1360 III vorgeschriebene Grundprinzip bezüglich der Art der Unterhaltsgewährung durchbrochen, des weiteren tritt aber auch hinsichtlich des Umfangs der Unterhaltsgewährung eine Änderung ein. Mit Rücksicht

[1]) Staudinger § 1353, 2, a. So wird man z. B. einen Mißbrauch annehmen dürfen, wenn ein Ehegatte bei vorangegangener Mißhandlung des anderen Ehegatten die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verlangt.

[2]) s. § 1565 — 1568, z. B. bei Ehebruch, Lebensnachstellung usw.

[3]) OLG. Kiel 11. V. 1900; s. auch Staudinger § 1361, 2, c, γ.

darauf, daß durch die Unterhaltsgewährung außerhalb der häuslichen Gemeinschaft der Ehemann größere Ausgaben hat, insbesondere auch dadurch, daß er der Hilfe der Frau im Haushalt und im Geschäft entbehrt, hat das Gesetz eine Minderung, ja sogar unter Umständen einen gänzlichen Wegfall seiner Unterhaltsverpflichtung vorgesehen(§ 1361 II). Die Feststellung hierüber ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt und ist nach Billigkeitsrücksichten vorzunehmen. Man wird ohne weiteres einem solchen Wegfall zustimmen müssen, wenn z. B. die Ehefrau ein großes Vorbehaltsgut, außerdem noch Einkommen aus irgendwelcher Tätigkeit hat, das Vermögen des Mannes jedoch gering ist[1]). Im übrigen ist auch hier maßgebend für die Bemessung der Unterhaltsrente die Lebensstellung, das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit des Mannes. Die die Unterhaltspflicht regelnden Bestimmungen der §§ 1360, 61 schließen sich also nicht aus, sondern bilden eine Ergänzung.

## § 4

### Die Anwendbarkeit des § 1361 auf den Unterhaltsanspruch der verlassenen Ehefrau.

Die in § 1361 entwickelten Grundsätze gehen von dem Gedanken einer berechtigten Trennung eines Ehegatten aus. Der sehr häufig eintretende Fall unberechtigter Trennung eines Ehegatten, wie er bei grundlosem Verlassen durch den Ehemann gegeben ist, ist dagegen vom Gesetz unberücksichtigt gelassen. Kann nun in einem solchen Fall die grundlos verlassene Ehefrau ebenfalls einen Rentenanspruch aus § 1361 herleiten?

Im folgenden sollen nun die Fälle erörtert werden, in denen sich der Ehemann, ohne sich auf eine Berechtigung berufen zu können, aus der häuslichen Gemeinschaft fernhält. Hat die Ehefrau durch ihr Verhalten dem Ehemann einen Grund gegeben, sich zu entfernen, so liegt keine unberechtigte Trennung mehr vor; der Anwendbarkeit des § 1361 steht daher nichts entgegen. War dagegen ihr Verhalten derart, daß es mit den ihr auferleg-

[1]) Auf die Frage der Nutznießung des Mannes und der Beitragspflicht der Frau ist im 5. Kapitel der Arbeit besonders eingegangen.

ten Pflichten in Einklang stand, so fehlt es an einer wichtigen Voraussetzung des § 1361, nämlich der Berechtigung zur Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft; dem Wortlaut des Gesetzes nach wäre also der Rentenanspruch ausgeschlossen. Ein solches Ergebnis wäre indes höchst unbillig und würde dem Rechtsempfinden nicht entsprechen, da der ehebrecherischen Frau ein Geldrentenanspruch zustünde, der schuldlos handelnden Ehefrau, die mit dem Mann zusammenzuleben wünscht, dagegen ein solcher versagt wäre. Auch wenn der Ehefrau selber ein Trennungsrecht zustünde, z. B. der Ehemann sie grundlos verlassen hat, er mit einer Freundin ein Verhältnis unterhält und ihr einen Scheidungsgrund gibt, so würde dies nach § 1361 nicht genügen, um ihr den Geldrentenanspruch zuzubilligen. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt, daß das Trennungsrecht und die tatsächliche Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft in ein und demselben Ehegatten begründet sein müssen. Nur wenn die Ehefrau auch ihrerseits die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verweigerte, wäre ihr Anspruch gerechtfertigt.

Daß dieses Ergebnis den praktischen Anforderungen nicht genügte, wurde in der Literatur und Rechtsprechung erkannt. Die Wege, die man beschritten hat, um zu einer Lösung zu gelangen, sind jedoch verschieden. In der Fülle der zu dieser Streitfrage ergangenen Literatur und Rechtsprechung lassen sich ungefähr vier verschiedene Richtungen erkennen, die mehr oder weniger von dem Bestreben getragen sind, diese Lücke, die im Gesetz besteht, zu schließen und der Ehefrau einen hinreichenden Schutz zu gewähren. Als erster hat Eccius[1]) darauf hingewiesen, daß in einem solchen Fall eine Anwendbarkeit des § 1361 nicht in Frage kommen kann. Er gewährt vielmehr der Frau einen Unterhaltsanspruch aus § 1360. Von dem Augenblick an, da der Mann die Ehefrau verlassen habe und somit auch die häusliche Gemeinschaft aufgehoben habe, sei er mit der Erfüllung seiner Unterhaltspflicht in der häuslichen Gemeinschaft in Verzug geraten; demgemäß steht der Frau wie bei jeder anderen schuldhaft nicht erfüllten Verbindlichkeit ein Schadensersatz-

[1]) DJZ. 1901, S. 110.

anspruch aus § 1613 zu. Ob aber der Schadensersatz für die verweigerte Alimentationsgewähung durch eine voraus zahlbare Rente zu gewähren sei, stehe in richterlichem Ermessen. Dieser Ansicht hat sich das OLG. Kassel[1]) in einem Urteil angeschlossen, in welchem versucht wird, der Ehefrau aus § 286 einen Schadensersatzanspruch zuzubilligen, der in Geld zu gewähren ist. M. E. ist es aber nicht angängig, die in § 286 ausgesprochenen Grundsätze, die doch für schuldrechtliche Verträge Anwendung finden sollen, auf das Familienrecht zu übertragen. Daher dürfte auch einem Urteil des OLG. Hamburg[2]), welches zum Ausdruck bringt, daß der unterhaltspflichtige Ehemann, der die Herstellung des ehelichen Lebens verweigere und damit den Unterhalt in Natur unmöglich mache, gemäß § 280 schadensersatzpflichtig sei, nicht beizupflichten sein. Nicht zuletzt hat auch das RG. in einem Urteil[3]) sich diese Auffassung zu eigen gemacht und ausgesprochen, daß bei unberechtigter Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft der Ehemann verpflichtet sei, den Unterhalt in Form einer Geldrente zu gewähren, da er seiner Verpflichtung gemäß § 1360 I und III nicht nachkomme.

In ähnlicher Weise gelangte Planck in seinen früheren Auflagen[4]) zu demselben Ergebnis: Treffe den unterhaltspflichtigen Ehemann ein Verschulden daran, daß der Unterhalt nicht in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise gewährt werden könne, so könne die unterhaltsberechtigte Ehefrau nach § 280 von ihm Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Schadenersatz sei nach § 251 in Geld zu leisten.

Die Rechtsprechung des Kammergerichts[5]) hat versucht, in Anlehnung an § 1360 einen Geldrentenanspruch zu gewähren. Das Kammergericht hat in einem Urteil[5]) dahingehend entschieden, daß ein solcher Geldrentenanspruch nicht nur auf § 1361, sondern auch auf § 1360 gestützt werden könne. Ein solcher Anspruch sei dann gerechtfertigt, wenn die Unterhaltsgewährung in

[1]) OLG. Kassel 18. IV. 1901, Bd. 2, S. 368.
[2]) OLG. Hamburg 30. V. 1907, Bd. 15. S. 399.
[3]) RG. 20. V. 1920 im „Recht" 1921, Nr. 1384.
[4]) s. Planck in § 1361.
[5]) KG. Berlin 6. II. 1904 in „Recht" 1904, S. 140, Nr. 640.

der häuslichen Gemeinschaft aus irgendwelchen Gründen nicht ausführbar sei. Ebenso eine Entscheidung des Hans. OLG.[1]), die feststellt, daß § 1361 nicht die einzige Bestimmung darstellt, die einen Geldrentenanspruch gewähre.

Im Gegensatz zu den bisher gebrachten Lösungen will Staudinger[2]) einen Geldrentenanspruch weder aus § 1361 noch aus § 1360 gewähren, sondern nur dann gegeben sein lassen, wenn die verlassene Ehefrau Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhebe und für die Dauer dieses Rechtsstreites nach § 940 ZPO. die Gewährung einer Geldrente im Wege einer einstweiligen Verfügung beantrage.

Die jüngste Entwicklung in dieser Streitfrage ist durch eine erhöhte Schutzgewährung gegenüber der Ehefrau gekennzeichnet, wobei sich ein durchgreifender Unterschied gegenüber den bisherigen Auffassungen bemerkbar macht. In erster Linie läßt sie sich von der Erwägung leiten, daß der unterhaltspflichtige Ehemann, der berechtigterweise sich von der häuslichen Gemeinschaft fernhalte, zur Gewährung einer Geldrente nach § 1361 verpflichtet sei; um so mehr sei er dazu verpflichtet, wenn er unberechtigterweise die häusliche Gemeinschaft aufhebe[3]).

Darin liegt zwar ein Verstoß gegen den Wortlaut des Gesetzes, die im Gesetz selbst liegende Inkonsequenz und Unbilligkeit wird jedoch dadurch beseitigt.

Befassen wir uns nun mit den bisher vertretenen Ansichten. Die früheren Auffassungen von Eccius und Planck (s. oben S. 26 u. 27) und zum Teil auch Staudinger sind abzulehnen, da hier der Versuch gemacht wird, die Unterhaltspflicht der Ehegatten im Falle des Getrenntlebens außerhalb der Grundlage des § 1361 zu regeln. Der Gesetzgeber hat aber nun einmal als einzige Bestimmung für diesen Fall § 1361 vorgesehen. Die im Ge-

[1]) Hans. OLG. 19. I. 1905 in „Recht" 1905, S. 501, Nr. 1949; dgl. OLG. Kiel 12. VII. 1905 und OLG. Braunschweig 12. IV. 1912, Bd. 26, S. 217.

[2]) Staudinger § 1360, 4, d.

[3]) So RG.Räte § 1361, 2; Planck § 1361, 18; RG.Warn. 14. II. 1910 in Warn. Bd. 1910, Nr. 156; RG. v. 8. IV. 1914 in Warn. 1914, Nr. 192; RG. v. 21. IX. 1922 in JW. 1923, S. 685.

setz bestehende Lücke kann nicht dadurch beseitigt werden, daß man eine Gesetzesvorschrift einfach übergeht und durch eine andere ersetzen will. Es entspricht m. E. in weit höherem Maße der Auffassung des Gesetzgebers, wenn man unter Abweichung des strengen Wortlauts eine im Gesetz selbst liegende Inkonsequenz und Unbilligkeit beseitigt, als diese Vorschrift überhaupt abzulehnen.

So betrachtet, erscheint die Lösung, die das Reichsgericht und einige führende Komentare heute vertreten, als der einzig mögliche Weg, um für diesen praktisch überaus wichtigen Fall Abhilfe zu schaffen.

Zusammenfassend läßt sich also daraus folgern, daß sich die letzterwähnte Entscheidung des Reichtsgerichts über den Wortlaut des § 1361 hinwegsetzt und der verlassenen Ehefrau auch dann einen Geldrentenanspruch zubilligt, wenn die Berechtigung zur Trennung und die tatsächliche Verweigerung der häuslichen Gemeinschaft (Trennung s. oben S. 26) nicht mehr in ein und derselben Person begründet sind. Daher kann auch § 1361 trotz entgegenstehenden Wortlautes für den Fall Anwendung finden, daß sich der Ehemann o h n e Berechtigung von der häuslichen Gemeinschaft entfernt hat. Der Ehemann, der die häusliche Gemeinschaft verläßt, wird sogar dann zum Unterhalt in Form einer Geldrente verpflichtet, wenn weder er noch die verlassene Ehefrau das Recht zum Getrenntleben hat oder nicht hat[1]). Danach kommt es also auf die Tatsache der Trennungsberechtigung nicht mehr an, sondern lediglich darauf, daß die Trennung zwischen den Ehegatten besteht.

Hat der Mann dagegen die häusliche Gemeinschaft m i t Berechtigung verlassen, so bestehen auch schon nach dem Wortlaut des § 1361 keine Bedenken, der verlassenen Ehefrau den Geldrentenanspruch zu versagen (s. oben S. 25).

Kurz sei noch auf den Fall hingewiesen, daß die Ehefrau selber der unterhaltspflichtige Teil sei und der unterhaltsberechtigte Ehemann sie verlassen hat, sei es m i t , sei es o h n e Grund.

[1]) So RG.Räte § 1361, 2 und Planck § 1361, 19.

Hat er sie mit Berechtigung verlassen, so besteht für die nicht grundlos verlassene Frau die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts, der nach § 1361 I in Verbindung mit § 1360 II in Geld zu gewähren ist. Dabei gilt jedoch die Besonderheit, daß als Ausgangspunkt für die Höchstgrenze des von der Frau zu gewährenden Unterhalts die Lebensstellung des Mannes maßgebend ist (s. auch oben S. 21), während für die untere Grenze die Vermögensstellung und Erwerbsfähigkeit der Frau maßgebend sind (§ 1360 II).

Hat der Ehemann dagegen die Frau ohne Berechtigung verlassen, so beseitigt er aus eigenem Antrieb die Möglichkeit, daß ihm die Frau den Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise, nämlich innerhalb der häuslichen Gemeinschaft gewährt (s. oben S. 20). Die Erfüllung der Unterhaltspflicht der Frau wird also durch das Verhalten des unterhaltsberechtigten Mannes unmöglich; diese von der Frau nicht zu vertretende Unmöglichkeit befreit sie nach § 275 von der Verpflichtung zur Unterhaltsleistung[1]), denn die Unmöglichkeit der Erfüllung des Unterhaltsanspruchs beruht auf einem von dem Berechtigten zu vertretenden Umstand. Die Auffassung, dem Manne in einem solchen Fall eine Geldrente zu gewähren, dürfte deswegen abzulehnen sein, da erstens keine gesetzliche Grundlage hierfür besteht, des weiteren aber auch kein berechtigtes Interesse vorhanden ist, um ihn zu schützen.

## § 5

### Rechte der Ehefrau bezüglich der Wohnung und der Haushaltungsgegenstände.

Im Zusammenhang mit dem Unterhaltsanspruch tauchen noch eine Reihe von Fragen auf, die für die Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau von Bedeutung sind. Hat z. B. die Ehefrau einen Anspruch auf Weiterbenutzung der ehelichen Wohnung, wenn der Ehemann sich entfernt hat? Dabei sollen folgende Fälle unterschieden werden: Die Wohnung bzw. das Haus ist

[1]) So auch RG.Räte § 1361, 2 und Planck § 1361, 18.

Eigentum des Mannes oder die Wohnung ist von dem Manne gemietet. Die weitere Möglichkeit, daß Mann und Frau gemeinschaftlich die Wohnung gemietet haben, soll hier außer Betracht bleiben, da dieser Fall lediglich eine Sicherheitsmaßnahme des Vermieters darstellt, während im Innenverhältnis jedoch der Mann meistens allein zur Zahlung der Miete verpflichtet ist.

Da die Aufnahme in die eheliche Wohnung als eine sehr wichtige Pflicht der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Unterhaltsgewährung anzusehen ist, so dürfte klar sein, daß in dem Augenblick, da der Mann die häusliche Gemeinschaft verläßt, sich diese Pflicht nicht ohne weiteres ändert, sondern daß sie weiterbesteht, selbst wenn ihm berechtigte Trennungsgründe zur Seite stehen sollten. Eine Klage des Mannes auf Räumung der bisherigen gemeinschaftlichen ehelichen Wohnung ist daher in den beiden oben erwähnten Fällen abzulehnen, da sie sich auf keine rechtliche Grundlage stützen kann, und die dem Manne auferlegte Pflicht, der Frau eine Wohnung zur Verfügung zu stellen, nicht durch die Trennung als solche hinfällig wird.

Ist jedoch die häusliche Gemeinschaft aufgehoben und zahlt der Mann eine Geldrente an die Frau, so besteht darüber hinaus für ihn keine Pflicht, ihr neben der Geldrente etwa die Benutzung der gemeinschaftlichen ehelichen Wohnung gestatten zu müssen[1]). Bei dieser Sachlage steht der Frau also ein Anspruch auf Weiterbenutzung der ehelichen Wohnung nicht zu. Daß sich ihr aber die Möglichkeit bietet, eine eigene Wohnung zu mieten, muß bei der Bemessung der Unterhaltsrente mitberücksichtigt werden.

Des weiteren bleibt die Frage zu erörtern, welche Bedeutung in unserem Fall der Vorschrift des § 1361 I 2, die die Herausgabeverpflichtung von Haushaltungsgegenständen behandelt, beizulegen ist. § 1361 I 2 spricht nur von einer Herausgabeverpflichtung des Mannes, nicht etwa von einer Herausgabeverpflichtung der Frau. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift zugunsten des Mannes, etwa in dem Sinne, daß die Frau verpflichtet wird, dem Manne gewisse Haushaltungsgegen-

[1]) So RG. JW. 1910, S. 707.

stände zur Führung eines eigenen Haushalts herauszugeben, ist nicht angängig[1]). Alleiniger Zweck und Sinn dieser Vorschrift beruhen darauf, der Frau im Falle des Getrenntlebens die Führung eines eigenen Haushalts zu ermöglichen, ihr somit einen gewissen Schutz zu gewähren[1]).

Daher kann auch für den Fall, daß die Frau in der bisherigen Wohnung zurückbleibt, diese Vorschrift keine Anwendung finden; da der § 1361 an das hier behandelte Problem (verlassene Ehefrau ) nicht denkt, ist sie überhaupt als gegenstandslos anzusehen und kann also auch nicht als Ausgangspunkt für die Rechte der Frau an den Haushaltungsgegenständen dienen.

Bei der Betrachtung des bisherigen Ergebnisses drängt sich auch die Frage auf, ob die Frau z. B. im Falle plötzlicher Erkrankung und einer notwendig werdenden Operation Ersatz der Krankheits- und Kurkosten beanspruchen kann.

Man wird einerseits davon ausgehen müssen, daß die Unterhaltsrente bezüglich ihrer Höhe so bemessen ist, daß sie zur Bestreitung der laufenden, regelmäßig wiederkehrenden Ausgaben ausreicht. Beim Eintritt außergewöhnlicher Ereignisse, wie z. B. einer Operation, die eine Erhöhung des Aufwandes bedingen, werden diese Ausgaben jedoch nicht mehr von der Rente gedeckt. Andererseits soll der Unterhalt den gesamten Lebensbedarf umfassen (s. oben S. 22), worunter natürlich auch Krankheits- und Kurkosten fallen. Da der Frau ein Unterhaltsanspruch zusteht, so ergibt sich daraus die Verpflichtung des Unterhaltspflichtigen, die Arzt- und Kurkosten zu tragen. Gehen also z. B. bei der Vornahme einer Operation die Krankheitskosten über den normalen Umfang der Unterhaltsrente hinaus, so muß eine entsprechende Erhöhung der Unterhaltsrente eintreten[2]).

Eine andere Auffassung[3]), der aber hier nicht zuzustimmen ist, billigt der Frau für solche Fälle einen von der Unterhalts-

[1]) RG. Warn. 1909, Nr. 288 und „Recht" 1921, Nr. 1385.

[2]) Staudinger § 1361, 3, a und OLG. Rostock 8. X. 1920 in Seuff. A. Bd. 76, Nr. 23 u. OLG. 27. V. 1921, Bd. 42, S. 118.

[3]) So KG. v. 26. IV. 1922 in Seuff. A., Bd. 78, S. 59, Nr. 33 und OLG. Stettin v. 11. X. 1919, Bd. 40, S. 66.

rente unabhängigen Anspruch auf Erstattung von Sonderaufwendungen zu. Da aber die Tragung von Arzt- und Kurkosten als eine aus dem Unterhalt sich ergebende Verpflichtung anzusehen ist, so erübrigt es sich, der Frau einen besonderen, nicht unter die Unterhaltsrente fallenden Anspruch auf Erstattung von Sonderaufwendungen zuzubilligen.

---

## Drittes Kapitel.

# Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau in Hinsicht auf das Fortbestehen der Schlüsselgewalt.

### § 6

### Wesen und Bedeutung der Hausleitungs- und Schlüsselgewalt.

Als weiterer wichtiger Punkt unserer Erörterung wird die Frage aufgeworfen, welche Wirkung das Getrenntleben der Ehegatten, insbesondere die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft durch den Mann, auf den Bestand der Schlüsselgewalt hat. Die Entscheidung dieser Frage berührt in erheblichem Maße die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem Verhältnis zueinander. Bevor sie daher vorgenommen werden kann, ist es notwendig, sich über die persönliche Stellung der Frau in der Ehe hinsichtlich Hausleitungs- und Schlüsselgewalt klar zu werden.

In dieser Hinsicht wird die Stellung der Frau in der ehelichen Gemeinschaft durch die Vorschriften der §§ 1356 u. 1357 geregelt. Durch § 1356 ist die Frau als Leiterin des gemeinschaftlichen Hauswesens gekennzeichnet; zu dieser Führung des gemeinschaftlichen Hauswesens ist sie aber nicht nur berechtigt, vielmehr auch verpflichtet. Damit ist der Inhalt ihres eigentlichen Betätigungsfeldes hervorgehoben, gleichzeitig ist aber auch die Frage der Arbeitsteilung entschieden, wie sie durch das Zusammenwirken innerhalb der ehelichen Gemeinschaft bedingt wird. Während der Mann in erster Linie zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht und zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes seinem Berufe nachgehen muß und im Haushalt nicht unmittelbar tätig wird, ist der Frau als Wirkungskreis die Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens zugewiesen. Hier harrt ihrer eine Reihe von Aufgaben, zu deren Erledigung sie nicht nur kraft

ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, sondern auch aus dem Wesen der Ehe heraus verpflichtet ist. Ihre Tätigkeit besteht dabei in einer Summe von Einzelhandlungen, die darauf gerichtet sein müssen, ihrer Aufgabe als Mutter und Hausfrau im allgemeinen und gegenseitigen Interesse aller Mitglieder des Hausstandes gerecht zu werden[1]). Notwendigerweise muß die Frau, um der Erfüllung dieser Verpflichtungen nachzukommen, die Befugnis haben, alle dazu erforderlichen Maßnahmen zu treffen, insbesondere alles zu besorgen, was die Führung des gemeinschaftlichen Hauswesens erfordert, z. B. Arbeiten in Haus und Küche usw. Darüber hinaus muß ihr aber auch das Recht zustehen, mit dritten Personen solche Geschäfte abzuschließen, deren Besorgung ihr als Leiterin des gemeinschaftlichen Hauswesens obliegt, z. B. Einkauf von Nahrungsmitteln, Kleider für sich, den Mann und die Kinder usw. Aus der Erwägung heraus, daß der eheliche Aufwand beim gesetzlichen Güterstand vom Manne zu tragen ist (§ 1389) und daß alle Geschäfte, die dazu erforderlich sind, z. B. Beschaffung von Lebensmitteln, eigentlich vom Manne zu besorgen sind, andererseits aber der Frau die Leitung des gemeinschafftlichen Hauswesens zugewiesen ist, bestimmt das Gesetz in § 1357, daß die Frau in ihrer Eigenschaft als Leiterin des gemeinschaftlichen Hauswesens die Geschäfte des Mannes besorgen kann und ihn vertreten darf. Diese Befugnisse faßt man unter dem Begriff „Schlüsselgewalt" zusammen. Zwischen den beiden Vorschriften der §§ 1356 und 1357 besteht also ein innerer Zusamenhang, das der Frau zustehende Recht der Schlüsselgewalt ist demgemäß notwendigerweise an den Bestand des gemeinschaftlichen Hauswesens geknüpft.

In der Schlüsselgewalt ist ein Doppeltes enthalten: Einmal kommt in ihr die Stellung der Frau zu ihrem Manne zum Ausdruck, sog. Innenverhältnis, zum anderen ihr Verhältnis zu dritten Personen, sog. Außenverhältnis. Soweit es sich um das Innenverhältnis handelt, hat die Frau die Stellung eines kraft Gesetzes Beauftragten[2]), was das Außenverhältnis jedoch anbelangt,

[1]) Scriba S. 70.
[2]) Staudinger § 1357, 3, a, B.

ist sie in dieser Beziehung gesetzliche Vertreterin des Mannes. Wesen und Bedeutung der Schlüsselgewalt sind also darin zu sehen, daß die Frau als Leiterin des gemeinschaftlichen Hauswesens zur Sicherstellung ihrer eigenen Bedürfnisse, aber auch der Bedürfnisse des Mannes und der Kinder, Geschäfte des Mannes besorgen kann und dem Grundsatz der Stellvertretung entsprechend (vgl. § 164 BGB.) nicht sich, sondern den Mann daraus verpflichtet.

## § 7

### Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens in ihrem Verhältnis zur Schlüsselgewalt.

Steht der Ehefrau die aus der Schlüsselgewalt folgende Vertretungsmacht auch dann noch zu, wenn der Mann sie grundlos verlassen hat? Wie schon eingangs unserer Erörterung (s. oben S. 16) festgestellt wurde, ist in dem Augenblick, da der Mann die Frau verläßt in der Absicht, nicht mehr mit ihr zusammenleben zu wollen, in den meisten Fällen auch die häusliche Gemeinschaft aufgehoben. Kann man auch annehmen, daß in diesem Augenblick das Recht der Schlüsselgewalt wegfällt? Man kann diese Frage nur bejahen, wenn man annimmt, daß in diesem Augenblick auch das gemeinschaftliche Hauswesen aufgelöst ist; denn daß die Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens den Wegfall der Schlüsselgewalt bedingt, ist herrschende Ansicht und aus dem oben Gesagten (s. oben S. 34) verständlich. Es bleibt deshalb weiterhin zu erörtern, wann eine Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens anzunehmen ist. Die Literatur ist auf diese Frage kaum eingegangen und hat nur darauf hingewiesen, daß die Entscheidung hierüber Tatfrage sei. Welche Tatumstände jedoch vorliegen müssen, um die Annahme der Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens rechtfertigen zu können, ist unerwähnt geblieben. Lediglich die Rechtsprechung hat einige Hinweise gegeben, die jedoch für die Beurteilung der Frage keinen klaren Maßstab bieten können. Das Kammer-

gericht[1]) ist davon ausgegangen, daß auch bei Getrenntleben der Ehegatten der Frau die Schlüsselgewalt insoweit zusteht, als das von ihr geleitete Hauswesen auch zugleich ein Hauswesen des Mannes ist. Ob dies der Fall ist, sei Tatfrage und hänge von der Willensrichtung des Mannes ab. Worauf jedoch der Wille des Mannes gerichtet sein muß, bleibt unerwähnt.

Daß mit dem Willen des Mannes, der darauf gerichtet ist, die häusliche Gemeinschaft aufzuheben, nicht auch gleichzeitig eine Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens angenommen werden kann, erscheint m. E. allein schon deswegen gerechtfertigt, als beide Begriffe durchaus nicht identisch sind und streng voneinaner unterschieden werden müssen. Schon aus der Ausdrucksweise des Kammergerichtes, welches trotz Getrenntlebens der Ehegatten — Getrenntleben liegt aber vor, wenn die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist — ein Weiterbestehen des gemeinschaftlichen Hauswesens als möglich annimmt, ergibt sich die Verschiedenheit beider Begriffe.

Es führt daher zu weit, wenn Planck[2]) im Augenblick der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auch die Schlüsselgewalt als nicht mehr vorhanden ansieht. Dieser Auffassung sind schon mit Recht die Motive[3]) entgegengetreten, denn sie halten es für bedenklich, der Ehefrau das Recht der Schlüsselgewalt zu versagen, wenn der Ehemann sich von der häuslichen Gemeinschaft entfernt und sie aufgehoben hat. Es erscheint deshalb durchaus verständlich, daß der häusliche Wirkungskreis der Frau bei dieser Sachlage doch noch weiterbesteht[4]) und damit auch die Schlüsselgewalt; die bloße Entfernung kann nicht schlechthin die Aufhebung der Schlüsselgewalt bedingen. Selbst wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist, braucht

[1]) KG. 32 A 34; ebenso BayObLG. 27. VI. 1913 in RJA. Bd. 13, S. 76; und KG. Bd. 45, S. 193; alle diese Entscheidungen stellen es auf die Umstände des Falles ab und betonen auch weiter, daß es oft Tatfrage ist, unter welchen Umständen eine Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens angenommen werden kann.

[2]) Planck § 1357, 8.

[3]) Motive IV, S. 118.

[4]) OLG. Dresden 21. IX. 1916, Bd. 36, S. 196.

doch dadurch nicht der häusliche Wirkungskreis der Frau aufzuhören[1]).

Diese Regelung entspricht auch dem praktischen Bedürfnis der schutzberechtigten Ehefrau. Praktisch wird die Sachlage doch oft so sein, daß der Mann sich von der häuslichen Gemeinschaft entfernt, vielleicht ohne der Frau sein Fernbleiben anzuzeigen, und eine gewisse Zeit lang sich überhaupt nicht um sie kümmert. Falls der Frau keine Mittel zur Verfügung stehen, insbesondere dann, wenn sie kein Vorbehaltsgut hat, wäre sie schutzlos. Hier greift aber die Schlüsselgewalt ein; sie kann daher durch die Vornahme von Kreditgeschäften ihre materiellen Existenzbedürfnisse sicherstellen und aus solchen Geschäften lediglich Verpflichtungen für den Mann begründen.

Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob der Frau dieses Recht dauernd erhalten bleibt oder ob es doch in einem gewissen Zeitpunkt beeinträchtigt wird. Denn wenn der Zeitpunkt der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zwar nicht mit dem Zeitpunkt der Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens zusammenfällt, so darf doch nicht daraus geschlossen werden, daß eine Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens überhaupt nicht eintreten könnte. Wenn der Mann mehrere Monate, vielleicht sogar mehrere Jahre sich von der häuslichen Gemeinschaft fernhält — die Frau bleibt in der ehelichen Wohnung zurück und wartet vielleicht auf ihn — und das Getrenntleben zu einem Dauerzustand wird, so wird man wenigstens dem Sprachgebrauch nach von einer Gemeinschaftlichkeit des Hauswesens nicht mehr reden dürfen. Dieser Ansicht steht auch die Auffassung des Kammergerichts[2]) nicht entgegen. Wenn hier[2]) darauf hingewiesen wird, daß der Ehemann, der sich von der häuslichen Gemeinschaft entfernt, nach wie vor das Hauswesen seiner Frau als das seinige betrachte, so hat man es damit auf die innere Einstellung des Mannes als entscheidendes Merkmal abgestellt. Ein gemeinschaftliches Hauswesen, so wird man daraus weiter folgern können, wird also dann nicht mehr

[1]) OLG. Braunschweig, Bd. 43, S. 351 und OLG. Hamburg 10. I. 1910, Bd. 21, S. 213.

[2]) s. obige Entscheidung KG., Bd. 32 A 34.

bestehen, sobald gewisse Anzeichen dafür vorhanden sind, aus denen geschlossen werden kann, daß der Mann nicht mehr das Hauswesen als das seinige betrachte.

Damit ist man im wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt, welches auch von der Rechtsprechung in den eingangs erwähnten Entscheidungen[1]) gebilligt wird, daß nämlich die Willensrichtung des Mannes als entscheidendes Merkmal für Weiterbestehen oder Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens angesehen werden kann. Wenn daher der Ehemann den von ihm geschaffenen Zustand als endgültigen Dauerzustand betrachtet wissen will, und wenn alle Anzeichen im Verhalten des Mannes dafür sprechen, daß es sich nicht um eine vorübergehende, sondern um eine Dauertrennung handelt, so wird auch eine Fortdauer des gemeinschaftlichen Hauswesens nicht mehr angenommen werden können. Werden aus diesem Zustand der Dauertrennung die notwendigen Konsequenzen gezogen, erhält z. B. die verlassene Ehefrau nach Erhebung der Unterhaltsklage aus § 1361 eine Geldrente, oder erhebt der Ehemann Klage auf Räumung der von der Ehefrau benutzten ehelichen Wohnung oder läßt er bestimmte, in seinem Eigentum stehende Sachen, z. B. Möbel, Wäsche, Bücher usw. wegnehmen und begründet einen eigenen Haushalt, so sind, abgesehen von der inneren Einstellung des Mannes, auch rein äußerlich alle Merkmale gegeben, um eine Fortdauer abzulehnen. Auf die Tatsache allein, daß die Frau in der bisherigen Wohnung zurückbleibt, wird man es nicht abstellen können, denn es ist denkbar, daß sie zwar den Haushalt fortführt, aber nicht als Frau des getrennt lebenden Mannes, sondern selbständig[2]). Ein unzweifelhaftes Merkmal wird aber dann gegeben sein, wenn die Frau sich mit dem als maßgeblich (s. oben) gekennzeichneten Willen des Mannes, einen Dauerzustand zu schaffen, dadurch abfindet, daß sie eine eigene Wohnung bezieht und den in § 1361 I 2 bestimmten Herausgabeanspruch von Haushaltungsgegenständen geltend macht.

---

[1]) BayOBLG. 27. VI. 1913 in RJA. Bd. 13, S. 76; KG. in OLG., Bd. 14, S. 218.

[2]) RG.Räte § 1357, 8 und OLG. Braunschweig, Bd. 43, S. 351.

Das Vorliegen solcher Umstände wird m. E. die Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens als gerechtfertigt erscheinen lassen, auch aus praktischen Erwägungen. Wenn der Mann z. B. an die von ihm verlassene Frau eine Geldrente nach § 1361 entrichten muß, so wird sie zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse nicht mehr der Schlüsselgewalt bedürfen[1]). Würde der Mann neben der Verpflichtung zur Gewährung einer Geldrente noch auf dem Weg über die Schlüsselgewalt in Anspruch genommen werden können, so würde dies eine unerträgliche Belastung für ihn bedeuten. Abgesehen davon würde es dem oben festgestellten Grundsatz (s. oben S. 23) widersprechen, wonach die Verpflichtung des Mannes sich im Falle des Getrenntlebens in der Entrichtung einer Geldrente erschöpft.

Es bleibt noch die Frage zu prüfen, ob nicht in dem Willen des Mannes, sich für immer von der Frau zu trennen, auch gleichzeitig eine Ausschließung der Schlüsselgewaltbefugnis der Frau gemäß § 1357 II erblickt werden kann. Dem wird man zustimmen dürfen, sofern der Mann diesen Willen auch erklärt hat. Es ist aber zu beachten, daß die Ausübung dieses Rechtes des Mannes nur dann zuläßig ist, wenn seine Anwendung sich nicht als mißbräuchlich erweist (§ 1357 II Satz 2). „Da die Schlüsselgewalt in der Regel nur wegen unwirtschaftlicher Führung des Haushalts entzogen wird“[2]), so findet das Recht des Mannes, die Schlüsselgewalt der Frau auszuschließen, in dieser Richtlinie auch seine Begrenzung. Die Entziehung der Schlüsselgewalt wird daher unzulässig sein, wenn sie wegen Streitigkeiten der Ehegatten untereinander erfolgt ist und der Vorwurf unwirtschaftlicher Haushaltsführung gegen die Frau nicht erhoben werden kann.

Bei dieser Betrachtung ist es noch notwendig, auf die Unterschiede zwischen Ausschließung der Schlüsselgewalt durch den Mann und Beendigung der Schlüsselgewalt infolge Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens, hinzuweisen. Während im ersteren Fall die Beendigung der Schlüsselgewalt durch Erklä-

[1]) ebenso RG.Räte § 1357, 8.

[2]) RG.Räte § 1357, 8 und OLG., Bd. 30, S. 37.

rung des Mannes eintritt, im übrigen aber der gemeinsame eheliche Haushalt weiterbestehen kann, erweist sich im letzteren Fall die Beendigung der Schlüsselgewalt als eine natürliche Folge der Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens. Aber auch hinsichtlich der Wirkung gegenüber dritten Personen zeigt sich der bemerkenswerte Unterschied, daß die Ausschließung der Schlüsselgewalt eine in das Güterrechtsregister eintragungspflichtige Tatsache ist (§ 1357 II S. 3 und § 1435), während die Beendigung der Schlüsselgewalt durch Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes nicht eingetragen werden kann[1]); daher können dritte Personen, die mit der Frau solche Rechtsgeschäfte abschließen, welche unter ihren häuslichen Wirkungskreis fallen, aus diesen Geschäften den Mann in Anspruch nehmen, sofern die Ausschließung nicht ins Güterrechtsregister eingetragen oder ihnen bekannt war. Dagegen werden sie nicht geschützt, wenn die Schlüsselgewalt infolge Auflösung des gemeinschaftlichen Hauswesens nicht mehr bestanden hat[1]); für diesen Fall verbleibt ihnen lediglich die Möglichkeit, auf eigene Gefahr zu prüfen, ob der gemeinsame Haushalt noch besteht oder aufgelöst ist[1]). Kann daher der Mann infolge Wegfalls der Schlüsselgewalt nicht mehr in Anspruch genommen werden, so haftet grundsätzlich die Frau selbst aus den von ihr abgeschlossenen Geschäften.

Kurz sei hier noch auf die Frage eingegangen, ob das Recht der Schlüsselgewalt durch die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erlischt, oder ob es lediglich ruht. Da dieses Recht durch die Eheschließung begründet und durch die Aufhebung des gemeinschaftlichen Hauswesens der Frau nur die Ausübungsmöglichkeit genommen ist, so wird man auch nicht einen Rechtsverlust der Schlüsselgewalt annehmen dürfen; vielmehr tritt nur ein Ruhen der Schlüsselgewalt ein[2]). Besteht daher ein gemeinschaftliches Hauswesen nicht mehr, so fehlt dem Recht der Frau das Betätigungsgebiet; das Recht selber aber bleibt bestehen[3]).

[1]) Planck § 1357, 8 und OLG., Bd. 41, S. 46.

[2]) KG., Bd. 45, S. 193 und auch RG.Räte § 1357, 8; und Staudinger § 1357, 2, b.

[3]) KG., Bd. 45, S. 193; vgl. auch RG.Räte § 1357, 8; und Staudinger § 1357, 2, b.

Zusammenfassend läßt sich alo feststellen, daß im Augenblick der Entfernung des Mannes von der häuslichen Gemeinschaft ein Ruhen der Schlüsselgewalt noch nicht eintritt. Wann eine Beendigung der Schlüsselgewalt eintreten kann, läßt sich, abgesehen von der in § 1357 II, 1 vorgesehenen Ausschließung der Schlüsselgewaltbefugnis durch den Mann, nicht mit absoluter Gültigkeit beantworten. Es kommt stets in erheblichem Maße darauf an, wie der einzelne Fall liegt. Verschiedene Merkmale wie z. B. innere Einstellung des Ehemannes, Begründung eines eigenen Haushalts, Dauer des Getrenntlebens usw. sind, wie aus der bisherigen Darstellung hervorgeht, für die Beurteilung der Frage entscheidend. Kann demnach von einem gemeinschaftlichen ehelichen Hauswesen nicht mehr gesprochen werden, so wird auch ein Fortbestehen der Schlüsselgewalt nicht mehr anzuerkennen sein.

## Viertes Kapitel.

# Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau bezüglich Fürsorge und Vertretung der Kinder.

Die bisherige Betrachtung hat im wesentlichen die Stellung der verlassenen Ehefrau in ihrem Verhältnis zum Ehemann gekennzeichnet. Gleichwohl ist damit nicht eine erschöpfende Charakterisierung gegeben. Mit der Trennung des Mannes von seiner Familie treten auch im Verhältnis der Ehegatten zu den Kindern praktisch wichtige Veränderungen ein. Welche rechtlichen Folgerungen sich angesichts dieser neuen Lage ergeben, soll im folgenden näher zu untersuchen sein. Es wird insbesondere darauf einzugehen sein, in welcher Weise sich Rechte und Pflichten der Ehefrau im Verhältnis zu ihren Kindern erweitern bzw. einschränken. In erster Linie werden hierbei Fürsorge und Vertretung der Kinder zu beachten sein. Dabei scheint eine gleichzeitige Behandlung dieser beiden Fragen angeraten zu sein, insbesondere auch deswegen, da in der Fürsorge der Kinder grundsätzlich die Vertretung der Kinder einbegriffen ist.

### § 8

### Fürsorge und Vertretung der Kinder bei Bestehen der häuslichen Gemeinschaft. Allgemeine Grundsätze.

Während des Bestehens der Ehe ist der Vater kraft der elterlichen Gewalt zur Ausübung der Fürsorge berufen. Ausdrücklich hebt das Gesetz hervor, daß diese nicht nur Recht, sondern auch Pflicht ist und sich auf solche Angelegenheiten erstreckt, die sowohl die Person als auch das Vermögen des Kindes betreffen, sog. Personenfürsorge und Vermögensverwaltung (§ 1627 BGB.). Als Ausfluß dieser Sorge für die Person

und das Vermögen des Kindes ergibt sich die Vertretungsbefugnis in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten, sog. persönlichen Angelegenheiten als auch die Vertretungsbefugnis in den das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten (§ 1630 I BGB.). Diese vier Funktionen, die in dem Begriff der elterlichen Gewalt enthalten sind[1]), obliegen grundsätzlich dem Vater.

### I. Personenfürsorge.

Neben dem Vater ist auch die Mutter Träger des Sorgerechts und der Sorgepflicht. Sie kann daher alle dem Vater als Träger der Sorge gemäß § 1631 und § 1632 zustehenden Befugnisse ausüben, jedoch mit der Einschränkung, daß sie zur Vertretung des Kindes in dessen persönlichen Angelegenheiten nicht berechtigt ist (§ 1634 BGB.). Die Fürsorge stellt sich also als ein beiden Elternteilen gemeinsam zustehendes Recht dar. Um jedoch im Interesse der Kinder, insbesondere im Interesse einer geregelten Erziehung der Kinder, die Einheitlichkeit der Entschlüsse der Ehegatten bei der Ausübung der Fürsorge zu gewährleisten, bestimmt § 1634 Satz 2, daß bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters entscheidend ist. Darin liegt eine weitere Schranke, die der Mutter bei der Ausübung der Fürsorge gesetzt ist. Fernerhin ist auch zu beachten, daß die Mutter zur Wahrnehmung der Vermögensfürsorge, solange die elterliche Gewalt bei dem Vater in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht, überhaupt nicht berechtigt ist, diese bleibt allein dem Vater vorbehalten.

Als wesentlichen Inhalt der Personenfürsorge kennzeichnet das Gesetz die Erziehungsgewalt, das Recht und die Pflicht zur Beaufsichtigung des Kindes, sowie das Aufenthaltsbestimmungsrecht (§ 1631 I).

Aus dem Wesen der Erziehungsgewalt folgt, daß der Inhaber der tatsächlichen Personenfürsorge berechtigt und verpflichtet ist, für die körperliche, geistige und sittliche Ausbildung der

[1]) Daneben steht dem Vater noch das Nutznießungsrecht am Kindervermögen zu (§ 1649).

Kinder zu sorgen und zur Erreichung dieses Zweckes alle dazu erforderlichen Handlungen vornehmen soll[1]).

In engem Zusammenhang mit der Erziehungsgewalt steht die Beaufsichtigungsgewalt. Diese dient einem doppelten Zweck: sie legt den Eltern das Recht und die Pflicht auf, das Kind nicht nur vor Gefahren zu bewahren, sondern auch zu verhüten, daß das Kind dritte Personen schädigt[2]).

Ebenfalls als Ausfluß der Erziehungsgewalt ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht anzusehen. Es umfaßt die Befugnis, sowohl über den Wohnort, als auch über die Wohnung des Kindes Bestimmung zu treffen, z. B. die Unterbringung des Kindes in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt anzuordnen[3]). Letzteren entspricht es, wenn dem Vater das Recht zugestanden ist, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält (§ 1632). Denn wenn das Gesetz das Aufenthaltsbestimmungsrecht hervorhebt, so würde dieses Recht gegenstandslos sein bzw. vereitelt werden können, falls nicht damit die Befugnis verbunden wäre, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen. Beide Bestimmungen bilden daher eine notwendige Ergänzung.

## II. Vermögensfürsorge.

Die Sorge für das Vermögen des Kindes bildet einen weiteren wichtigen Bestandteil der elterlichen Gewalt. Ihr entspricht das Recht und die Pflicht, das Vermögen des Kindes zu verwalten, wobei sich diese Vermögensverwaltung auf das ganze Vermögen des Kindes erstreckt, es sei denn, daß gewisse Vermögensteile durch Bestimmung dritter Personen[4]) der Verwaltung des Vaters entzogen sind. Die Vermögensverwaltung steht nur dem Vater zu, die Mutter nimmt an ihr keinen Anteil.

[1]) Staudinger § 1631 I, 2;
[2]) Staudinger § 1631 II;
[3]) Staudinger § 1631 III;
[4]) z. B. im Fall des § 1638, wo dem Kinde von dritter Seite Zuwendungen gemacht werden mit der Bestimmung, daß sie der Verwaltung des Vaters entzogen sind.

### III. Vertretung der Kinder in persönlichen und Vermögensangelegenheiten.

Mit der Wahrnehmung der Personen- und Vermögensfürsorge ist die Befugnis zur Vertretung des Kindes verbunden (§ 1360 Abs. 1). Grundsätzlich steht daher die gesetzliche Vertretung des Kindes in dessen persönlichen als auch in dessen Vermögensangelegenheiten dem Inhaber der Fürsorge zu. Da der Mutter die Vertretungsbefugnis ausdrücklich aberkannt ist (vgl. § 1634), steht diese dem Vater allein zu.

Die Notwendigkeit einer Vertretung des Kindes ergibt sich insofern, als das minderjährige Kind sich nicht selbständig verpflichten kann (vgl. § 167). Daß die tatsächliche Fürsorge und die Vertretungsbefugnis in einer Hand vereinigt sind, entspricht einem praktischen Bedürfnis insofern, als mit der Ausübung der Personen- und Vermögensfürsorge häufig rechtliche Folgen mit Wirkung für und gegen die Kinder eintraten, also es sich gleichzeitig um Angelegenheiten der gesetzlichen Vertretung handelte. Man denke z. B. nur an einen Erziehungsvertrag, der sowohl in das Gebiet der tatsächlichen Personenfürsorge als auch in das Gebiet der gesetzlichen Vertretung fällt. Aus dieser häufigen Überschneidung beider Funktionen hat der Gesetzgeber die Vertretung des Kindes als Ausfluß der Fürsorge gekennzeichnet.

## § 9

### Fürsorge und Vertretung der Kinder bei Trennung der Ehegatten, insbes. bei unberechtigter Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft durch den Mann.

Als wesentliches Merkmal des Verhältnisses von Eltern zu Kindern zeigt sich also, daß dem Vater bezüglich der Fürsorge und der Vertretung der Kinder ein nicht unbedeutendes Übergewicht gegenüber der Mutter verliehen ist. Ob diese übergeordnete Stellung dem Vater auch dann verbleiben wird, wenn die Ehegatten nicht in häuslicher Gemeinschaft leben, dürfte im folgenden näher zu untersuchen sein. Dabei sind wiederum die beiden Fälle ins Auge zu fassen, daß der Ehemann *mit* und *ohne* Grund sich von der häuslichen Gemeinschaft entfernt.

Da das Bürgerliche Gesetzbuch das Getrenntleben der Ehegatten auch hinsichtlich des Verhältnisses von Eltern zu Kindern unberücksichtigt läßt, bleibt nur die Annahme übrig, daß für diesen Fall die gleichen Regeln wie bei ehelichem Zusammenleben gelten[1]). Das Schweigen des Gesetzbuches kann hier als Lücke angefunden werden, denn es bringt sehr oft eine unbillige Härte gegenüber der Ehefrau mit sich. Es ist aber insofern verständlich, als ein Wechsel in der Fürsorge in den allerwenigsten Fällen den Interessen der Kinder dienlich ist. An dieser allgemeinen Regelung, die dem Manne eine nicht unerhebliche Vormachtstellung einräumt, dürfte daher eine Änderung nicht eintreten, wenn der Mann sich mit Grund von seiner Frau trennt. Welche praktischen Folgerungen diese berechtigte Trennung des Mannes auf die einzelnen Zweige der elterlichen Gewalt, z. B. Erziehungs- und Beaufsichtigungsrecht usw., ausüben wird, wird noch an anderer Stelle[2]) zu untersuchen sein. Wie gestaltet sich aber die Lage, wenn der Ehemann seine Familie verlassen hat und mit einer sogenannten „Freundin" zusammenlebt, die häusliche Gemeinschaft also o h n e G r u n d aufgehoben hat? Daß durch ein solches Verhalten das gesamte Familienleben in tatsächlicher Hinsicht auf eine neue Grundlage gestellt wird, bedarf keiner weiteren Betonung. Mehr als auf die tatsächlichen ist jedoch hier auf die rechtlichen Folgen, die sich daraus ergeben können, einzugehen.

### I 1.

In erster Linie ist ins Auge zu fassen, ob ein solches den Zwecken der Ehe zuwiderlaufendes Verhalten des Vaters eine Entziehung der Fürsorge der Kinder auf der Grundlage des § 1666 erforderlich macht und die Übertragung dieses Fürsorgerechts auf die Mutter zulässig ist. Für eine Entziehung der Personenfürsorge bietet sich dabei die gesetzliche Handhabe in der

[1]) so OLG. Hamburg, Bd. 2, S. 201 und BayOBLG. 19. XI. 1930 in „Recht" 1931, Nr. 80; sowie KG. in OLG., Bd. 4, S. 103 und auch Staudinger § 1634, 5 und § 1635, 9.

[2]) s. oben S. 53 ff.

Bestimmung des § 1666 Abs. 1, während die Entziehung der Vermögensfürsorge § 1666 Abs. 2 vorsieht.

Dabei sind nicht etwa die ordentlichen Gerichte berechtigt, eine solche Maßnahme auszusprechen, sondern das Vormundschaftsgericht ist auf Grund seiner ihm zustehenden Aufsichtsgewalt[1]) gegenüber dem Inhaber der Fürsorge und auf Grund eingehenderer Kenntnis der tatsächlichen Familienverhältnisse dazu berufen, solche Maßnahmen zu treffen.

Voraussetzung für eine Entziehung der Personenfürsorge, die ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts rechtfertigen würde, ist in erster Linie eine Gefährdung der Interessen der Kinder, sei es in leiblicher, geistiger, oder auch in sittlicher Hinsicht. Falls eine solche Entziehung der Personenfürsorge vom Vormundschaftsgericht angeordnet würde, so würde damit auch gleichzeitig die Entziehung der Vertretung des Kindes in dessen persönlichen Angelegenheiten ausgesprochen sein; denn lediglich die Entziehung der tatsächlichen Personenfürsorge wird sich nicht als praktisch darstellen[2]). Die Entziehung der Sorge für die Person hat daher regelmäßig die Bedeutung, daß zugleich auch das Vertretungsrecht in persönlichen Angelegenheiten entzogen ist[3]).

Die als primäre Voraussetzung erforderliche Gefährdung des Kindes muß im Zusammenhang mit dem pflichtverletzenden Verhalten des Vaters stehen, sei es, daß dieses in einem Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes, oder in einer Vernachlässigung des Kindes oder allgemein in ehrlosem oder unsittlichem Verhalten des Vaters zu erblicken ist (§ 1666 Abs. 1). Hinsichtlich der Gefährdung des Wohles der Kinder wird das Alter der Kinder und der Grad ihrer Entwicklung von besonderer Bedeutung sein[4]). Bei Kindern, die eine gewisse Reife erreicht haben, wird man eine besonders starke Gefährdung ihres sittlichen Wohles annehmen dürfen. Jedoch ist diese Gefährdung des sittlichen Wohles der Kinder nicht allein maßgebend, viel-

[1]) siehe RGR. Kom. § 1666, 1.
[2]) Staudinger § 1666 III, A, 2, c.
[3]) RGR. Kom. § 1666, 4.
[4]) Staudinger § 1666 II, A, 5 und RGR. Kom. § 1666, 3.

mehr muß auch die anzuordnende Maßregel erforderlich und geeignet sein, die den Kindern durch das Verhalten des Vaters drohende oder für sie bereits bestehende Gefahr abzuwenden[1]). Es ist dabei die Frage zu entscheiden, ob ein solcher Vater nicht einen sittlichen Mangel durch seinen Fortgang und Lebenswandel beweist, daß er als ungeeignet für die Kinderbetreuung erscheint. Ist aus den Umständen zu schließen, daß das Verhalten des Vaters das sittliche Wohl der Kinder gefährdet, dann kann das Vormundschaftsgericht die Entziehung der Fürsorge als die ihm unter Umständen geeignet erscheinende Maßnahme anordnen. Es ist aber nicht außer Betracht zu lassen, daß eine solche Maßnahme nur dann geeignet erscheint und auch berechtigt ist, wenn damit die dem Kinde drohende Gefahr abgewendet werden kann. Man wird sich aber der Tatsache nicht verschließen können, daß, selbst wenn die Kinder von dem unsittlichen Verhalten ihres Vaters beeinflußt werden, nicht immer ihrem Wohl und ihren Interessen mit einer Entziehung der Personenfürsorge des Vaters gedient ist[2]). Eine solche Maßnahme wird den einmal eingetretenen Schaden, nämlich die ungünstige Einwirkung, die das schlechte Beispiel auf das Kind ausübt. nicht immer abwenden können. Schon die Motive[3]) bringen zum Ausdruck, es müsse der Gefahr vorgebeugt werden, daß das schlechte Beispiel der Eltern einen verderblichen Einfluß auf die Kinder äußert. Daraus geht gleichzeitig hervor, daß, wenn die zu verhindernde Gefahr bereits eingetreten, ihr also nicht mehr vorgebeugt werden kann, auch von einer Maßnahme auf der Grundlage des § 1666 Abs. 1 nicht mehr die Rede sein kann. Man wird daher mit Recht die Ansicht des Kammergerichts[4]) unterstützen dürfen, welches bei dieser Sachlage einer Entziehung der Personenfürsorge nicht stattgibt, sofern der Vater im übrigen seine Verpflichtungen gegenüber den Kindern erfüllt. Praktisch wird aber die Sachlage doch oft so sein, daß die Verpflichtungen des Vaters, soweit sie die Fürsorge betreffen, unter-

[1]) so KG. 18. VI. 1920 in RJA., Bd. 17, S. 32.
[2]) vgl. KG. im RJA., Bd. 17, S. 32.
[3]) Motive Bd. 4, S. 804.
[4]) siehe KG. in RJA., Bd. 17, S. 32.

geordneter Natur sind, während das Hauptmaß der Fürsorge, die Beaufsichtigung und die Erziehung der Kinder, schon bei Bestehen der häuslichen Gemeinschaft unter den Ehegatten der Mutter zufällt. Da der Vater durch seine Berufstätigkeit in Anspruch genommen ist, so steht naturgemäß die Mutter im Mittelpunkt der Fürsorgetätigkeit. Daran wird sich auch durch die Trennung des Mannes keine wesentliche Änderung ergeben können.

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu erörtern, ob nicht schon die vom Manne verschuldete Spannung zwischen den Ehegatten als eine Gefährdung der Kinder anzusehen ist. Man wird eine solche unter Umständen bejahen können; sie berechtigt aber nur dann zu einer Entziehung der Fürsorge, wenn durch diese Maßnahme auch die Gefährdung abgewandt werden kann. In den meisten Fällen wird dies jedoch nicht angenommen werden können, da die Entziehung der Fürsorge nicht immer dazu geeignet ist, der Gefährdung vorzubeugen oder auch etwa die bestehende Spannung als Gefährdungsursache zu beseitigen.

Vielleicht verdient aber ein anderer Gesichtspunkt festgehalten zu werden: Läßt sich etwa die Entziehung der Personenfürsorge rechtfertigen, um auf den Vater einen berechtigten Druck in der Richtung auszuüben, daß er wieder zu seiner Familie zurückkehrt? Wenn der Vater dadurch veranlaßt würde, von seinem unsittlichen Tun Abstand zu nehmen und wieder mit Frau und Kindern zusammenzuleben, so wäre damit wenigstens dem Wohle und den Interessen der Kinder für die Zukunft gedient. Der Sinn der Vorschrift des § 1666 erscheint aber nicht als Strafmaßnahme gegenüber dem Inhaber der Fürsorge, sondern als Schutzvorschrift des Kindes[1]). Würde man in einem solchen Falle eine Entziehung der Personenfürsorge anordnen, so wäre damit in eindeutiger Weise der Charakter dieser Vorschrift als Strafmaßnahme bestimmt. Dieser Standpunkt ist jedoch mit der herrschenden Lehre nicht vereinbar und kann daher auch keine Berücksichtigung finden.

[1]) vgl. z. B. RGR. Kom. § 1666, 3 und Staudinger § 1666 II, B, wo als Voraussetzung zur Entziehung der Fürsorge des Vaters lediglich die Gefährdung der Interessen des Kindes hervorgehoben wird.

Des weiteren bleibt aber zu prüfen, ob etwa das Vormundschaftsgericht durch das Verhalten des Vaters verpflichtet wird, eine Entziehung der Vermögenverwaltung anzuordnen. Die gesetzliche Grundlage hierfür bietet § 1666 Abs. 2, wonach eine Verletzung des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegeben sein muß und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen ist. Ob sich diese Befürchtung für die Zukunft infolge des Verhaltens des Vaters als wahrscheinlich erweisen wird, kann nicht allgemein beantwortet werden. Es wird daher lediglich durch die Tatsache, daß der Vater seine Familie verläßt, zu einer Anordnung auf der Grundlage des § 1666 Abs. 2 kein Platz sein, sofern im übrigen eine Gefährdung des Kindesvermögens nicht gegeben ist.

## 2.

Ist somit selbst bei unberechtigtem Getrenntleben eine Entziehung der Fürsorge des Vaters auf der Grundlage des § 1666 kaum möglich, so ist damit noch keineswegs endgültig die Frage beantwortet, welche rechtlichen Folgen das unberechtigte Verlassen des Mannes auf die Stellung der Ehefrau bezüglich Fürsorge und Vertretung der Kinder haben kann. Es bleibt insbesondere in Erwägung zu ziehen, ob nicht etwa der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt, die die Fürsorge und Vertretung der Kinder mitumfaßt, in tatsächlicher Hinsicht verhindert ist (§ 1685). Würde eine solche tatsächliche Behinderung zu bejahen sein, so hätte dies die Wirkung, daß die Ausübung der elterlichen Gewalt allein der Mutter zusteht, daß sie also befugt ist, die Personenfürsorge und Vermögensfürsorge mit Ausnahme der Nutznießung am Kindesvermögen (siehe § 1678) allein auszuüben und als gesetzliche Vertreterin ihrer Kinder nicht nur Rechtsgeschäfte vorzunehmen, sondern auch Willenserklärungen entgegenzunehmen. Unberührt hiervon würde der Vater auch weiterhin Inhaber des Rechts selber bleiben, lediglich die Ausübung wäre ihm entzogen.

Fürs erste ist es notwendig, den Begriff der tatsächlichen Behinderung einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Ob eine

solche vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab[1]). Maßgebend sind in erster Linie die Interessen und Bedürfnisse der Kinder[2]). Wenn die Behinderung eine derartige ist, daß sich unter Berücksichtigung der Interessen der Kinder die Notwendigkeit einer allgemeinen Fürsorge für die Person und das Vermögen der Kinder ergibt, der Vater also an der Ausübung der elterlichen Gewalt in ihrer Totalität verhindert ist[3]), wird man eine tatsächliche Behinderung annehmen müssen. Ist daher der Vater verhindert, die mit der elterlichen Gewalt verbundenen Pflichten in ihrer Gesamtheit zu erfüllen[4]), so steht der Mutter die elterliche Gewalt zu. Wenn die Motive als Beispiele einer tatsächlichen Behinderung Abwesenheit, Unbekanntheit des Aufenthaltsorts, Krankheit und Haft anführen[5]), so geht daraus hervor, daß die Behinderung objektiver Natur ist[6]). Zwar kann die Behinderung selbst durch subjektive Umstände, z. B. durch ein Verschulden des Vaters herbeigeführt werden, die Ausübung der elterlichen Gewalt selber muß jedoch durch ein objektives Hindernis unmöglich sein[6]). Ob die d a u e r n d e Abwesenheit des Vaters von der häuslichen Gemeinschaft mit dem Willen, den von ihm geschaffenen Zustand der Trennung auch in Zukunft beibehalten zu wollen, als ein solches Hindernis angesehen werden kann, dürfte wohl dann zu bejahen sein, wenn die Fürsorge seine Anwesenheit e r f o r d e r t. Zwar rechtfertigt der Umstand, daß die Ehegatten getrennt leben, keineswegs die Annahme, daß der Vater zur Ausübung der elterlichen Gewalt außerstande sei[7]); denn er ist jederzeit in der Lage, zu seiner Familie zurückzukehren und hier die ihm obliegenden Vaterpflichten wahrzunehmen. Daß er sich von ihr fernhält, sie überhaupt vernachlässigt, diesen Pflichten also nicht nachkommt, dürfte daher vom Standpunkt der Interessen und der Bedürfnisse der Kinder aus betrachtet, als

[1]) Staudinger § 1685, 3, a, *e*; und RGR. Kom. § 1685, 1.
[2]) OLG. Bd. 10, S. 290.
[3]) KG. Bd. 31 A 54; und OLG. Bd. 10, S. 290.
[4]) KG. Bd. 31 A 55.
[5]) Motive Bd. 4, S. 819.
[6]) OLG. Bd. 12, S. 329.
[7]) so KG. Bd. 37 A 50.

eine Behinderung in der Ausübung der elterlichen Gewalt anzusehen sein. Bei dieser Sachlage übt also die Mutter die in der elterlichen Gewalt enthaltenen Befugnisse aus, gleichwohl der Vater auch weiterhin Inhaber dieses Rechts verbleibt.

II. 1.

Eine von der bisherigen Feststellung unabhängige Frage ist, wie sich im einzelnen die Ausübung der Fürsorge gestaltet. Was die Erziehungsgewalt[1]) und das Beaufsichtigungsrecht anbelangt, so dürfte klar sein, daß der Vater diese Befugnisse auch weiterhin ausüben kann, da er noch Inhaber der Fürsorge ist. Natürlich stehen der Mutter diese Befugnisse auch zu, da sie schon während des Bestehens der Ehe ebenfalls zur Ausübung der Fürsorge berechtigt ist (§ 1634). Praktisch gesehen wird ihr aber doch die Hauptaufgabe der täglichen Fürsorge zufallen, wenn der Vater für die Dauer fortgeht. Insofern darf sich durch die Trennung des Mannes eine Schmälerung ihrer Rechte nicht ergeben, denn wenn diese Rechte ihr beim Zusammenleben der Ehegatten in der häuslichen Gemeinschaft zustehen, dann um so mehr, wenn der Mann unberechtigterweise die häusliche Gemeinschaft aufhebt. Abgesehen davon würde dies auch dem Rechtsgrundsatz widersprechen, daß schuldhaftes Verhalten eines Elternteils niemals für den anderen Elternteil Nachteile herbeiführen kann, welche die Rechtsordnung billigt.

2.

Wie gestaltet sich nun das in § 1631 enthaltene Recht des Vaters, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen und, wie schon eingangs hervorgehoben, der ihm entsprechende Herausgabeanspruch nach § 1632? Würde dieses Recht auch hier gelten, so wäre der Vater, da bei Meinungsverschiedenheiten gemäß § 1634 S. 2 seine Meinung entscheidet, jederzeit in der Lage, die Kinder von der Mutter wegzunehmen und ihren Aufenthalt bei ihm selbst zu bestimmen. Wäre daher der Vater in der Lage, dieses Recht auszuüben, so wäre dies sicherlich in den meisten Fällen für das Wohl und die Interessen der Kinder von Nach-

[1]) vgl. KG. in OLG, Bd. 4, S. 103.

teil. Die Berücksichtigung der Interessen und des Wohles der Kinder[1]) erfordern aber, daß die Kinder dem Elternteil verbleiben, bei dem sie am besten aufgehoben sind. Dies wird regelmäßig bei der Mutter der Fall sein, denn der wohltuende Einfluß der mütterlichen Fürsorge dürfte durch die Fürsorgetätigkeit des Vaters nicht zu ersetzen sein. Insofern ist also dem Rechte des Vaters aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls eine Schranke gesetzt.

Des weiteren dürfte aber auch die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes gegenüber der verlassenen Ehefrau eine große Härte bedeuten, denn mit der Entziehung der Kinder ist ihr jeder Halt in der Familie genommen. Einer solchen Entscheidung steht aber ein doppelter Einwand entgegen. Einmal würde bei dieser Sachlage die Entscheidung des Vaters dem Grundsatz widersprechen, daß jede schrankenlose und willkürliche Rechtsausübung unzulässig ist, ein Grundsatz, der im § 226 BGB. seinen Ursprung findet und der im Familienrecht besondere Geltung hat[2]). Denn die Ausübung eines Rechts kann nur zulässig sein, wenn mit ihr ein schutzwürdiger Zweck erreicht werden soll[3]). Sie wird also unzulässig, sofern mit ihr ein Zweck erreicht wird, der keines Schutzes bedarf. Es liegt auf der Hand, daß mit der Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Vaters, sofern er sich o h n e Grund von seiner Familie entfernt hat, ein Zweck verbunden ist, der nicht nur unschutzwürdig ist, sondern der auch zu verhindern ist. Insoweit ist also auch aus diesem Gesichtspunkt dem Recht des Vaters eine Grenze gezogen.

Des weiteren dürfte aber auch eine solche Entscheidung einen Mißbrauch des Entscheidungsrechts des Ehemannes im Sinne des § 1354 Abs. 2 darstellen, der die Frau nicht Folge zu leisten braucht. Der von Staudinger[4]) vertretenen Auffassung,

[1]) s. auch oben S. 52.

[2]) RGR. Kom. § 1634, 2 und RG. Warn. 1912, Nr. 172.

[3]) vgl. Siebert: „Verwirklichung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung", S. 88.

[4]) Staudinger § 1634, 1, b, „) nimmt an, daß die Personenfürsorge keine das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffende Angelegenheit sei und daher die Übertragung des Grundsatzes des § 1354 auf die elterliche Gewalt nicht bedenkenfrei sei.

der in einem solchen Fall den Grundsatz des § 1354 Abs. 2 ablehnt, muß entgegengehalten werden, daß dieser Grundsatz ein allgemeiner ist und im Wesen des ehelichen Verhältnisses begründet ist, daher auch bezüglich der Sorge für die Person der Kinder anwendbar ist[1]).

Fernerhin dürfte auch verständlich sein, daß die überwiegende Stellung des Mannes auf Grund des ihm zustehenden Entscheidungsrechts nicht dazu führen darf, die Rechte der Mutter in der Ausübung der Fürsorge zu vereiteln. Falls der Mann sich ohne Grund von seiner Familie getrennt hat, kann ihm daher die Frau mit Recht entgegenhalten, daß seine Entscheidung sich als Rechtsmißbrauch darstelle[1]). Sie handelt aus diesem Grund nicht widerrechtlich, wenn sie ihm unter Nichtbeachtung seiner Entscheidung das Kind vorenthält[2]). Dieser Einwand bleibt ihr jedoch versagt, wenn der Mann sich aus berechtigten Gründen von ihr getrennt hat. Bei dieser Sachlage kann sie dem Manne lediglich entgegenhalten, daß dem Wohl und den Interessen der Kinder mehr gedient ist, wenn diese von ihr betreut werden. Ob dies tatsächlich der Fall ist, ist aber im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Kinderwohls zu untersuchen.

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß nach dem heutigen Stande der Rechtssprechung der Vater Inhaber der Fürsorge bleibt, wobei ihm lediglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht und der Herausgabeanspruch versagt sind. Diese Beschränkung, die dem Ehemann auferlegt ist, bietet letzten Endes der verlassenen Ehefrau einen gewissen Schutz.

[1]) So Dernburg § 74 VII und auch Kipp § 79 VI, sowie RGR. Kom. § 1634, 2; desgleichen hebt auch Siebert hervor, daß jede mißbräuchliche Rechtsausübung nicht mehr Verwirklichung eines Rechts bedeutet, sondern ein Handeln ohne Recht ist: „Le droit cesse, où l'abus commence". Insofern besteht da bei der Entscheidung des Mannes kein rechtmäßiges Handeln vorliegt, keine Folgepflicht der Frau (siehe Siebert S. 97).

[2]) RGE., Bd. 55, S. 419 und RG. Warn. 1812, Nr. 172.

## Fünftes Kapitel.

# Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau in Güterstandsfragen beim gesetzlichen Güterstand.

### § 10

### Die Unwirksamkeit des Getrenntlebens auf die Güterrechtsverhältnisse im allgemeinen.

Wenn die Ehefrau verlassen wird, werden dadurch grundsätzlich die güterrechtlichen Verhältnisse nicht berührt[1]). Das Gesetz geht davon aus, daß mit Abschluß der Ehe kraft Gesetzes die Nutzverwaltung des Mannes eintritt und nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 1418 ff. BGB. entfällt[2]). Folglich kann die Trennung des Mannes von seiner Familie und die unter Umständen dadurch eintretende Begründung eines getrennten Haushaltes auf den Bestand der Nutzverwaltung keinen Einfluß haben[3]). Hätte das Gesetz eine Änderung in den güterrechtlichen Verhältnissen eintreten lassen wollen, so hätte das einer besonderen Bestimmung bedurft.

### § 11

### Die Folgen des Getrenntlebens im Hinblick auf die Gestaltung der Güterrechtsverhältnisse im einzelnen.

### Immerhin wirkt die tatsächliche Trennung auf die Gestaltung einzelner Rechte und Pflichten im Güterstande ein.

#### I.

Das Vermögen, das die Frau mit in die Ehe bringt oder während der Ehe erwirbt, unterliegt, soweit es nicht gemäß

[1]) Staudinger 2, c. vor § 1418; § 1353, 7, g; Wetzel S. 77; RG. 67, 1—3; RG. in JW. 1913/1037 f.

[2]) RG. 124/328.

[3]) Wetzel S. 124.

§§ 1366—1370 BGB. Vorbehaltsgut ist, als eingebrachtes Gut dem ehemännlichen Verwaltungs- und Nutznießungsrecht.

1. a)

Der Mann hat das Recht der Inbesitznahme aller Sachen des eingebrachten Gutes (§ 1373 BGB.). Hat der Mann den tatsächlichen Besitz am Frauengut ergriffen, was mit Beziehen der gemeinschaftlichen Wohnung meist vorliegt, verliert die Ehefrau den unmittelbaren Besitz; sie wird mittelbare Besitzerin[1]). Die Nutzverwaltung stellt ein nach § 868 BGB. gefordertes Verhältnis dar, das den Mann auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet[2]). Der Mann ist lediglich auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet, da das Besitzrecht mit Beendigung der Nutzverwaltung aufhört. Diese endigt mit Auflösung der Ehe oder schon vorher gemäß §§ 1418—1420 BGB. Da sie nicht mit der tatsächlichen Trennung des Mannes von der Frau eintritt, besteht das Recht der Inbesitznahme des Ehemannes fort[3]).

Mit Verlassen der Frau und der ehelichen Wohnung verliert der Ehemann nicht ohne weiteres den Besitz am eingebrachten Gut, wenn er über dieses auch vorher die tatsächliche Gewalt ausübte. Die Beendigung des Besitzes tritt erst mit Aufgabe der tatsächlichen Gewalt ein. Diese erfordert die Zerstörung der Sachherrschaft mit dem Willen, nicht mehr zu besitzen[4]). Durch das Verlassen allein gibt der Ehemann die tatsächliche Gewalt nicht auf. Zwar wird die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die beweglichen Sachen des eingebrachten Gutes, die er in der ehelichen Wohnung zurückläßt, nicht mehr von ihm selbst vorgenommen werden können. Das bedeutet aber nicht notwendig die Zerstörung der Sachherrschaft. Denn er kann die tatsächliche Gewalt durch seine Frau als Besitzdienerin ausüben

[1]) Staudinger § 1373, 4, b; RGR. Kom. § 1373, 4; Oertmann S. 214 bis 224.

[2]) Oertmann S. 222/223; vgl. OLG. Stuttgart in JW. 1931/1386 u. 2140.

[3]) Staudinger § 1373, 1; RGR. Kom. § 1373, 4; § 1361, 3, b; RG. Recht 21, Nr. 1912.

[4]) Wolff § 15 I, 1.

lassen (§ 855 BGB.)[1]). Die Tatsache, daß eine Person Besitzdienerin und mittelbare Besitzerin sein kann, ist allgemein anerkannt. Zwar übt die Frau die tatsächliche Gewalt nicht mehr im Haushalt ihres Mannes aus, wenn der Mann die Absicht hat, nicht mehr zurückzukehren, aber sie übt sie in einem Verhältnis aus, kraft dessen sie den Weisungen des Mannes in bezug auf die eingebrachten Sachen Folge zu leisten hat. Das nach § 855 BGB. geforderte Verhältnis stellt die weiter bestehende Ehe und Nutzverwaltung des Mannes dar. Da also der Mann die tatsächliche Gewalt durch seine Frau als Besitzdienerin ausüben läßt, kann von einer Beendigung des Besitzes durch Aufgabe der tatsächlichen Gewalt nicht gesprochen werden. Die Aufgabe des Besitzes durch den Mann kann erst dann angenommen werden, wenn der Mann neben der Zerstörung der Sachherrschaft ausdrücklich oder den Umständen nach zu erkennen gibt, daß er die tatsächliche Gewalt nicht mehr ausüben will. Der Umstand, daß er die Wohnung verläßt, spricht nicht notwendig für eine Aufgabe des Besitzwillens, selbst wenn er die Absicht hat, nicht mehr zur Frau zurückzukehren. Erst dann ist Besitzaufgabe anzunehmen, wenn z. B. der Mann auswandert und nichts mehr von sich hören läßt, denn solchen Falles muß aus den Umständen gefolgert werden, daß der Mann keine Anweisungen mehr geben will.

Selbstverständlich übt die Frau die tatsächliche Gewalt nicht über eingebrachte Sachen in verschlossenen Räumen oder Behältnissen aus, wenn der Mann die Schlüssel mitgenommen hat. Folglich ist sie in bezug auf diese Sachen keine Besitzdienerin.

Läßt der Mann die Schlüssel zurück, so ist in dieser Tatsache allein keine Besitzaufgabe zu erblicken. Vielmehr wird dadurch die Frau lediglich Besitzdienerin, es sei denn, daß der Wille zur Besitzaufgabe aus weiteren Umständen geschlossen werden kann.

Handelt es sich nicht um die Besitzaufgabe (§ 856 BGB.), sondern um Übertragung des Alleinbesitzes am eingebrachten

[1]) vgl. auch RGE. 108/123, die davon ausgeht, daß die Frau in der Lage ist, die tatsächliche Herrschaft über Möbelstücke auszuüben.

Gut in seiner Gesamtheit durch den Mann auf die Frau, so erfordert das Gesetz die strenge Form des Ehevertrages (§§ 1432, 1434 BGB.)[1]). Folglich tritt sogar bei Übergabe von Wohnung oder Behältnissen keine andere Beurteilung der Rechtsfolgen ein[2]), so daß nicht einmal die Haushaltsgegenstände durch formlose Vereinbarung in den Alleinbesitz der Frau bei Getrenntleben der Ehegatten gelangen können[3]).

Anders ist wohl die Frage zu entscheiden, wenn es sich um die Überlassung des Alleinbesitzes an einzelnen Sachen handelt. So entscheidet das RG.[4]):

„Auch ohne allgemeine Änderung des Güterstandes, wie sie § 1432 BGB. vorsieht, können Eheleute hinsichtlich einzelner Vermögensstücke eine von ihrem sonstigen Güterstande abweichende Regelung vereinbaren." Diese Entscheidung bedeutet eine kleine Erleichterung für die verlassene Ehefrau, wenn ihr der Mann nicht feindselig gesinnt ist.

Sonst aber bleibt es dabei, daß die Frau grundsätzlich nur mittelbare Besitzerin der eingebrachten Sachen ist und ihr als solcher die Rechte aus §§ 861, 862 und 867 gegen Dritte gegegeben sind (§ 869 BGB.). Als Besitzdienerin stehen ihr die Rechte aus 859 BGB. zu.

Dem Mann hat die Frau die eingebrachten Sachen herauszugeben. Weigert sie sich, so begeht sie verbotene Eigenmacht (§ 859 BGB.), und dem gegenüber steht dem Mann nur die Klage aus § 861 BGB. zu; eigenmächtige Besitzverschaffung erlaubt das Gesetz dem Manne nicht (§ 1373 BGB.)[5]). Auf Grund der Klage aus § 861 BGB. hat die Frau sämtliche Sachen des eingebrachten Gutes herauszugeben. Es ist ihr nicht gestattet, den nach § 1361 I, 2 BGB. gewährten Anspruch[6]) auf Herausgabe der Sachen, die zur Führung eines abgesonderten

[1]) RGR. Kom. § 1373, 4 u. § 1432, 3.
[2]) vgl. dazu Wolff § 11, III, 2 und Anm. 12.
[3]) RG. Warn. 1908, Nr. 383.
[4]) 133/351 = JW 1931/3361 f.
[5]) Staudinger § 1373, 2; RGR. Kom. § 1373, 2; Warneyer II, § 1373, I; Seuff. A 77, Nr. 31; Oertmann Iherings J., Bd. 44/214.
[6]) Daß § 1361 BGB. anwendbar ist, wurde bereits in § 4 und § 5 der Arbeit behandelt.

Haushalts erforderlich sind, einredeweise entgegenzusetzen (863 BGB.)[1]). Sie kann diesen Anspruch durch einstweilige Verfügung schützen lassen. Nimmt die Frau aber vor Erlaß der einstweiligen Verfügung die Sachen des eingebrachten Gutes in Besitz, so gibt ihr die spätere einstweilige Verfügung nicht die nachträgliche Berechtigung zu ihrem Tun, weil diese nicht einem rechtskräftigen Urteil gleichsteht. Erst die rechtskräftige Feststellung der Aufhebung der Nutzverwaltung würde die Widerrechtlichkeit der Besitzentziehung ausschließen können[2]).

b)

Auch das aus der Verwaltung sich ergebende Verfügungsrecht des Mannes über eingebrachtes Gut erleidet durch das Verlassen der Frau keine Änderung. Dieses Recht greift in die Rechte der Frau stark ein.

Zwar geht das Gesetz in § 1375 BGB. von dem Grundsatz aus, daß der Mann über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung der Frau nicht verfügen, also ein Geschäft, das auf Änderung der Rechtslage unmittelbar gerichtet ist, nicht vornehmen kann[3]). Beachtet man aber, daß sehr viele Maßnahmen[4]), die wirtschaftlich wichtig sein können, nicht unter den Begriff „Verfügung" fallen, und daß das Gesetz mehrere bedeutsame Ausnahmen kennt (§§ 1376—1379 BGB.), so spielt dieser Grundsatz des § 1375 BGB. doch nicht die überragende Rolle, wie es zuerst den Anschein hat.

Nicht fallen unter „Verfügung" z. B. Maßnahmen tatsächlicher Art, wie Umgestaltung eines Hauses, Abholzung eines Waldes. Ebenfalls ist keine Verfügung über eingebrachtes Gut darin zu erblicken, daß der Mann auf Grund eines zwischen ihm und einem Dritten abgeschlossenen Miet- oder Pachtvertrages die zum eingebrachten Gut gehörige Sache dem Dritten zum Besitz und Gebrauch überläßt. Keine Verfügung über den Mietzins eines zum eingebrachten Gut gehörigen Grundstückes liegt in

[1]) Wetzel S. 126; RGR. Kom. IV § 1373, 2; OLG. 6, 156.
[2]) OLG. 14, 224 f.
[3]) Wolff § 48, II, 1.
[4]) Beispiele hierzu s. weiter unten auf S. 60 u. 61.

der Herabsetzung der Miete für die Zukunft. In diesen Fällen übt der Mann sein Verwaltungsrecht aus, das seine Schranke nur in der Ordnungsmäßigkeit findet (§ 1374 BGB.)[1]).

Ohne Zustimmung der Frau kann der Mann über Geld und andere verbrauchbare Sachen verfügen (§§ 1376 Ziff. 1, § 92 BGB.). Dieses Recht des Mannes ist als Ausnahme zu § 1375 BGB. eng auszulegen. Folglich fallen Forderungen auf Geld nicht darunter, so daß der Mann z. B. über Bankguthaben der Frau nicht ohne ihre Zustimmung verfügen kann[2]), selbst dann nicht, wenn es auf seinen Namen lautet, aber der Frau zusteht[3]).

Praktisch wichtig ist das Recht, über eingebrachte Waren eines Erwerbsgeschäftes der Frau als verbrauchbare Sachen zu verfügen. Damit ist dem Manne die Macht gegeben, die Fortführung des Geschäftes zu hindern, zumal er ja auch über das zum Geschäft gehörende bare Geld, soweit es nicht durch Arbeit der Frau erworben wurde, verfügen, sowie die Erfüllungsgeschäfte nach § 1376, 2 und 3 BGB. vornehmen kann[4]).

Diese Besorgnis wird dadurch verstärkt, daß die Ansprüche auf Schadenersatz gegen den Mann erst nach Beendigung der Nutzverwaltung geltend gemacht werden können (§ 1394 BGB.). Das Recht der Frau auf Sicherheitsleistung nach § 1391 BGB. ändert daran auch nicht viel, da dieses erst mit erheblicher Gefährdung der Rechte am eingebrachten Gut gewährt wird. Ehe diese Gefährdung eintritt, kann aber das Geschäft schon so geschädigt sein, daß eine Fortführung nicht mehr gewährleistet ist.

Eine Verfügungsmöglichkeit über das Warenlager entfällt dann, wenn der Mann den Besitz daran nicht inne hat. Deshalb kann es bei einem selbständig durch die Frau mit Einwilligung des Mannes betriebenen Erwerbsgeschäfte dahin gestellt bleiben,

---

[1]) Staudinger § 1375, 3, c; RGR. Kom. § 1375, 3; RG. 124, 327 f.; vgl. OLG. 44, 68; weitere Beispiele bei Staudinger § 1375, 3, a.

[2]) RGR. Kom. § 1375, 3 u. § 1376, 2; Planck-Unzner § 1376, 3; RG. in Seuff. Arch., Nr. 145, S. 227 = JW. 1922/1443; Littmann S. 17 bis 20 mit eingehender Begründung, a. M. Nußbaum S. 2 Anm. 1, der vor allem die wirtschaftliche Eigenart des Bankguthabens gegenüber anderen Geldforderungen betont.

[3]) So für Sparkassenguthaben KG. in OLG. 34/250.

[4]) Wieruszowski Bd. II, S. 264.

ob die der Frau für das Geschäft überlassenen Sachen eingebrachtes Gut bleiben, aber in den Alleinbesitz der Frau gelangen oder ob diese Vorbehaltsgut geworden sind.

Die Sollvorschrift des § 1377 BGB., nach der der Mann die Verfügungen des § 1376 BGB. nur zum Zwecke ordentlicher Verwaltung des eingebrachten Gutes vornehmen, insbesondere Geld mündelsicher anlegen soll, gibt der Frau keinen wirksamen Schutz. Die Verfügungen des Mannes bleiben trotz Verletzung des § 1377 BGB. wirksam[1]).

c)

§ 1379 BGB. gewährt dem Mann das Recht, eine Ersetzung der grundlos verweigerten Zustimmung der Frau herbeizuführen. Ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung ist im allgemeinen nicht das Getrenntleben der Ehegatten. So hat das KG.[2]) bei Getrenntleben dem Manne die nach § 1375 erforderliche Zustimmung zur Auszahlung der Mitgift an den Mann ersetzt, was diesem das Recht gibt, auch gegen den Willen der Frau, wenn auch nur im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung, über das eingebrachte Gut zu verfügen. Die Frau kann die Zustimmung auch dann nicht verweigern, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäftes selbst einer ordentlichen Verwaltung entspricht, jedoch die Besorgnis besteht, daß der Mann über die wirtschaftlichen Ergebnisse des Rechtsgeschäftes ordnungswidrig verfügen wird[3]).

Das zustimmungsbedürftige Geschäft muß allerdings zur ordentlichen Verwaltung erforderlich sein, lediglich Zweckmässigkeit genügt nicht[4]). Die Ordnungsmäßigkeit bestimmt sich nach OLG. 34, 251 nach den Interessen der ehelichen Gemeinschaft und „dabei ist das sittliche Wesen der Ehe und die rechte eheliche Gesinnung nicht außer acht zu lassen"[5]). Diese Interessen können aber dann nicht mehr berücksichtigt werden, wenn

[1]) vgl. Wieruszowski a. a. O.
[2]) in OLG. 7, 48.
[3]) Staudinger § 1379, 2, c, $\alpha$.
[4]) Bay. OLG. Recht 1920, Nr. 3391.
[5]) OLG. 34, 251.

die eheliche Gemeinschaft durch Getrenntleben vernichtet ist. So stellt es m. E. zu Recht OLG. Stuttgart[1]) lediglich auf die Interessen der Ehefrau ab. Diese Einstellung vertritt auch mittelbar die oben angezogene ältere Entscheidung[2]), wenn die Zustimmung dem Manne zur Einziehung eines Sparkassenguthabens versagt wird, obwohl die Kasse die Nutznießungsrechte des Mannes durch Auszahlung der Zinsen an die Frau verletzt hat. Ausschlaggebend für die Versagung ist hier die bedenkenfreie Anlegung des Kapitals bei der Kasse[3]), wodurch die Interessen der Frau gewahrt sind.

Daraus ergibt sich, daß die Frau mit Recht z. B. ihre Zustimmung zur Veräußerung ihrer eingebrachten Möbel versagen kann, weil der Mann nach Verlassen der Frau den gemeinschaftlichen Haushalt auflösen will.

d)

Außer dem Verfügungsrecht steht dem Mann die Geltendmachung der zum eingebrachten Gute gehörenden Rechte ohne Zustimmung der Frau im eigenen Namen zu (§ 1380 BGB.). Die Prozeßstandschaft des Mannes bleibt ebenfalls trotz tatsächlicher Trennung bestehen. Das eingeklagte Recht bleibt das Recht der Frau[4]). Der Klageantrag hat, da grundsätzlich der Mann zur Verfügung über den Klagegegenstand nicht befugt ist (§ 1375), auf Leistung an die Frau oder auf Leistung an den Mann unter Zustimmung der Frau zu lauten[5]); da die Annahme der geschuldeten Leistung eine Verfügung darstellt, so

[1]) in JW. 1934/245, nach dem Tatbestand dieser Entscheidung leben die Ehegatten getrennt.

[2]) RG. in Seuff. A., Nr. 145, S. 227.

[3]) OLG. 34, 252; RGR. Kom. § 1377, 5; vgl. OLG. 37, 241 verlangt, daß das vorzunehmende Rechtsgeschäft in seinen einzelnen Teilen bestimmt vorliegt.

[4]) RG. in JW. 1932/1220 = RG. 135, 291; RG. in JW. 1932/3711 = RG. 138, 1; RG. Kom. § 1380, 7; Wolff § 51, I; a. A. Staudinger § 1380, 1; bei Prozessen über nicht zustimmungsbedürftige Verfügungen ist Gegenstand des Rechtsstreites das Recht der Frau selbst, bei zustimmungsbedürftigen Verfügungen stellt das Urteil lediglich das Bestehen oder Nichtbestehen der Nutzverwaltung an dem Rechte des Mannes fest.

[5]) siehe dazu auch RG. Bd. 77/34.

bedarf sie nach Maßgabe der §§ 1375—1379 BGB. der Zustimmung der Frau. Ist Grund der Leistung an die Frau der Schutz des Schuldners vor Doppelzahlung, so muß Leistung an den Mann genügend sein, wenn es sich um zustimmungsfreie Verfügungen handelt, die Frau bei zustimmungsbedürftigen Verfügungen zustimmt oder Ersetzung der Zustimmung vorliegt[1]). Handelt es sich um zustimmungsfreie Verfügungen, so muß wegen des Fortbestehens der Prozeßstandschaft mit der Möglichkeit der Gefährdung der Rechte der verlassenen Ehefrau gerechnet werden.

e)

Ferner besteht das Nutznießungsrecht des Mannes bei Verlassen der Ehefrau fort. Denn der Erwerb dieses Rechts erfolgt auch kraft Gesetzes mit Abschluß der Ehe[2]).

Das Eigentum an den Früchten einer Sache erwirbt der Mann mit der Trennung (§ 954, § 99 I). Da es also nicht auf den Besitz ankommt, erlangt der Mann auch dann das Eigentum an den Früchten, wenn er den Besitz am Eingebrachten aufgegeben oder sonst verloren hat.

Ebenso erwirbt der Mann die ordnungswidrig oder übermäßig gezogenen Früchte zu Eigentum (§§ 1383, 1039 BGB.). Darüber zu streiten, ob die Frau die Sicherheitsleistung nach § 1039 I, 2 oder nur nach § 1391 BGB. verlangen kann, ist praktisch wertlos[3]), da jedenfalls auch die Ansprüche des § 1039 der Beschränkung des § 1394,1 unterliegen[4]), und somit die Rechtsstellung der Frau in keiner Weise durch die Ansprüche des § 1039 I, 1 u. 2 BGB. auf Wertersatz, Sicherheitsleistung und Wiederherstellung der Sache während der Nutznießung verbessert werden.

[1]) Staudinger § 1380, 5 mit Lit. Wolff § 51 II; RG. 96/97; OLG. Zweibrücken in JW. 34/224.

[2]) Staudinger § 1383, 5, *a*.

[3]) Staudinger § 1383, 5, b, *β*; II. Kom. (P IV 173) wollte § 1039 I, 2 BGB. nicht anwendbar sein lassen.

[4]) Staudinger a. a. O. RGR. Kom. § 1380, 3.

## 2. a)

Wie die Rechte des Mannes durch das Getrenntleben der Ehegatten nicht berührt werden, so bleiben auch die sich aus der Verwaltung ergebenden Pflichten des Mannes, soweit diese auf die Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau von Einfluß sein können, bestehen. Demnach hat der Mann die Kosten der Prozesse nach § 1387 BGB. zu tragen[1]). Da diese Pflicht auf der rechtlichen Stellung des Mannes als Verwalter und Nutznießer beruht, sind unter Kosten des Rechtsstreites i. S. von § 1387 BGB. sämtliche Kosten des Verfahrens zu verstehen, so insbesondere die Kosten des Gerichts, des Anwalts und des Gerichtsvollziehers[2]), wie die dem Gegner zu erstattenden Kosten.

§ 1387 BGB. bezweckt, der Frau die Prozeßführung auch gegen den Willen ihres Mannes zu ermöglichen. Dann aber ist es folgerichtig, daß die Frau berechtigt ist, angemessene Vorschüsse vom Mann zu verlangen[3]). Wenn man bedenkt, daß Rechtsstreitkosten wirtschaftlich die Natur von Verwaltungskosten[4]) zu haben pflegen, so entspricht es durchaus der Billigkeit, wenn der Mann verpflichtet ist, diejenigen Verbindlichkeiten der Frau zu tragen, die die Frau sonst aus den Einkünften ihres Vermögens bestreiten würde. Da die Rechte des Mannes aus dem Güterstande ohne Rücksicht darauf, ob die Frau eingebrachtes Vermögen besitzt, bestehen, so kommt es bei den Pflichten des Mannes ebenfalls nicht darauf an, ob eingebrachtes Gut der Frau Nutzungen abwirft oder überhaupt da ist.

Der Mann kann durch einstweilige Verfügung zur Zahlung des Kostenvorschusses angehalten werden. In der Rechtsprechung ist dies allgemein anerkannt[5]).

[1]) Staudinger § 1387, 1; RGR. Kom. § 1387, 1 u. 6 a.

[2]) RGR. Kom. § 1387, 2, RG. 47/73, a. M. Staudinger § 1387, 1 a, u. 3, b.

[3]) Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, dieses Spezialthema im einzelnen zu erörtern. s. die bei Staudinger § 1387, 3 angegebene Literatur für und dagegen.

[4]) RGR. Kom. § 1387, 6, a, M 4, 202.

[5]) RG. 47/72; JW. 1934/1594; 33/1339; 33/1668; 32/126; 31/1378; vgl. RGR. Kom. 1387, 6, a mit Literatur.

Die Vorschußleistung für Prozeßkosten ist besonders wichtig für den hier behandelten Fall. Der Zweck des § 1387 wäre in den meisten Fällen illusorisch, wenn man der Frau kein Recht auf Vorschußleistung gewähren würde. Sie könnte u. U. nicht einmal ihren Unterhaltsanspruch nach § 1361 BGB. einklagen. Gerade das aber läßt erkennen, wie unbillig eine ablehnende Auffassung verfährt.

b)

Auch die Kosten des ehelichen Aufwandes sind vom Manne nach Verlassen seiner Frau weiterhin zu tragen (§ 1389 BGB.)[1]), da diese Pflicht mit Schließung der Ehe entsteht[2]).

Unter ehelichem Aufwand sind nicht nur die Gesamtausgaben für die durch die eheliche Gemeinschaft bedingten Bedürfnisse der Ehegatten und ihrer gemeinsamen Abkömmlinge zu verstehen[3]), sondern auch der durch den Bestand der Ehe schlechthin verursachte Aufwand[4]). Schon die Schließung der Ehe bringt die Notwendigkeit der Einrichtung eines Haushaltes mit sich und das Fortbestehen die Erhaltung, insbesondere dann, wenn erziehungsbedürftige Kinder vorhanden sind.

Die Bedeutung der aus § 1389 BGB. herzuleitenden Verpflichtung des Mannes, den ehelichen Aufwand zu tragen, besteht im Vergleich zu dem Unterhaltsanspruch der Frau und der Kinder darin, daß Aufwendungen, die nicht zum Unterhalt gehören, dem Manne zur Last fallen, sowie darin, daß die Frau einen selbständigen Anspruch gegen den Mann auf Unterhalt für die gemeinsamen Abkömmlinge hat[5]).

Der Umfang des ehelichen Aufwandes ist je nach den Lebensverhältnissen verschieden und richtet sich insbesondere nach Stand, Erwerbs- und Vermögensverhältnissen. Der Ehemann kann grundsätzlich die Höhe des ehelichen Aufwandes gemäß § 1354 BGB. festlegen; seine Bestimmung findet darin ihre

[1]) RGR. Kom. § 1389, 2; RG. 67/2 und Staudinger § 1389, 2, e.
[2]) RG. 76, 1.
[3]) Staudinger § 1389, 2, a; RGR. Kom. § 1389, 2.
[4]) RG. a. a. O.
[5]) Staudinger § 1389, 2, a, b und 2, b, $\alpha$ und $\beta$; a. A. OLG. 18, 261 f.

Grenzen, daß sich eine von ihm festgesetzte Beschränkung nicht als Mißbrauch darstellen darf[1]). Ob dies vorliegt, richtet sich nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten.

Infolge des Getrenntlebens kann es unter den Ehegatten im einzelnen streitig werden, welche Aufwendungen dem Manne zur Last fallen. Unter Umständen gehört außer dem Unterhalt für Frau und Kinder auch der Unterhalt der Eltern der Frau dazu, insbesondere, wenn der Mann die Frau verlassen hat[2]).

Wichtig ist vor allem für die verlassene Ehefrau, daß sie die Anschaffung und Unterhaltung der Einrichtung des ehelichen Haushalts[3]) vom Manne verlangen kann, sowie auch die Ausgaben, die der gesellschaftlichen Stellung der Frau entsprechen. Tritt durch Krankheit oder Körperverletzung eine Vermehrung der Bedürfnisse ein, so hat der Mann für diese einzustehen[4]).

3.)

Wegen der Verwaltung und Nutznießung des Mannes sind der Frau in Hinsicht auf das eingebrachte Gut bestimmte Beschränkungen auferlegt[5]).

Zu vertraglichen Verfügungsgeschäften über eingebrachtes Gut bedarf die Frau der Zustimmung (§§ 1395—1397 BGB.), zu einseitigen Verfügungen der Einwilligung des Mannes (§ 1398 BGB.). Was unter Verfügung zu verstehen ist, ist schon zuvor erörtert worden[6]). Wenn dort eine Übertragung des Besitzes einer zum eingebrachten Gute gehörenden Sache nicht als eine zustimmungsbedürftige Verfügung des Mannes, sondern als Ausübung des Verwaltungsrechts angesehen worden ist, so muß jedoch eine von der Frau vorgenommene Besitzübertragung von Sachen des eingebrachten Gutes durch Vermietung als Ver-

[1]) Staudinger § 1389, 2, a, $\gamma$ und 2, c; RGR. Kom. § 1389, 1; Schwister in JW. 1932/3437.

[2]) RGR. Kom. § 1389, 2; Schwister a. a. O. a. M. Staudinger § 1389, 2, $\alpha$, $\beta$, der diesen Anspruch nach § 1386, I, 2 BGB. der Frau gegenüber dem Manne gewährt.

[3]) RG. 87, 56.

[4]) RG. 129/58.

[5]) RGR. Kom. § 1395, 1.

[6]) § 11, I, 1 der Arbeit.

fügung gelten, die vom Manne ohne Einwilligung nicht geduldet zu werden braucht[1]).

Da es einer verlassenen Ehefrau meist nicht gelingen wird, die erforderliche Einwilligung zu erlangen, eine Ersetzung der Zustimmung des Mannes vom Vormundschaftsgericht durch das Gesetz aber nicht vorgesehen ist, so muß damit gerechnet werden, daß die Frau, da ihr die Erfüllung der ihr aus dem schuldrechtlichen Mietvertrag entstandenen Verpflichtung auf Besitzübertragung der vermieteten Sache nicht möglich ist, von dem Mieter auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen wird[2]). Zwar liegt dann keine im Sinne des § 306 unmögliche Leistung vor[2]), denn die Erfüllbarkeit kann durch die Zustimmung des Mannes möglich sein[2]). Wird die Zustimmung nicht erteilt, so besteht die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326[2]). Wegen dieses Schadensersatzes kann aber lediglich in das Vorbehaltsgut der Frau vollstreckt werden[3]).

Auf die mangelnde Zustimmung kann sich außer dem Manne auch die Frau und der Verfügungsgegner berufen. Denn die §§ 1395 ff. BGB. sind den §§ 108 ff. BGB. nachgebildet und enthalten nicht ein relatives Verfügungsverbot, das dem § 153 BGB. entspricht. Daraus ergibt sich für die Frau die Rechtsfolge, daß sie in keiner Weise mit einer rechtsgültigen Verfügung rechnen kann, da auch der Dritte nicht gebunden ist, solange die Zustimmung fehlt[4]).

4.)

Das Gesetz beläßt der Frau die Möglichkeit, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten, weil dadurch das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut grundsätzlich nicht berührt wird (§ 1399 BGB.). Denn das Ver-

[1]) RGR. Kom. § 1395, 2; RG. 58/38; 124/328.

[2]) So hierzu RG. Bd. 80, S. 249 u. S. 250 und RG.Räte Kom. § 1395,2.

[3]) Der Dritte kann zwar den Mann auf Duldung der Zwangsvollstrekkung in das eingebrachte Gut verklagen (§ 739 ZPO.), worauf die Frau aber keinen Einfluß hat.

[4]) RG. 54/47.

pflichtungsgeschäft bringt eine Haftung des eingebrachten Gutes nur mit sich, wenn der Mann zustimmt, ein zustimmungsfreies Rechtsgeschäft vorliegt oder das eingebrachte Gut bereichert ist[1]). Für die verlassene Frau ist das Recht, sich zu verpflichten, ein dürftiges Recht, da aus der Verpflichtung meist eine Verfügung erwächst, deren Vornahme ihr ohne Zustimmung des Mannes nicht gestattet ist und deren Nichterfüllung sie schadenersatzpflichtig macht. Treten kraft Gesetzes dingliche Wirkungen ein, wie z. B. das Pfandrecht des Unternehmers, so entstehen diese ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Mannes[2]). Nur aus wenigen Verpflichtungen ergibt sich nicht notwendig eine Verfügung, z. B. beim Dienstvertrag, so daß das Verpflichtungsrecht der Frau praktisch auf diese Fälle beschränkt ist. Das nach § 1358 BGB. vorgesehene fristlose Kündigungsrecht des Mannes bei durch die Frau persönlich vorzunehmenden Verpflichtungen ist der verlassenen Ehefrau gegenüber nicht gegeben. Denn solange die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, steht das Kündigungsrecht dem Manne nicht zu (§ 1358 II, 3)[3]).

Auf die fehlende, aber nach § 1399 II BGB. in Ansehung des eingebrachten Gutes erforderliche Zustimmung kann sich nur der Mann, nicht die Frau oder der Dritte berufen, da es sich hier lediglich um die Wahrung der Rechte aus der Nutznießung[4]) und nicht um eine Voraussetzung zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes handelt.

5.)

Die Zustimmung des Mannes ist unter bestimmten Voraussetzungen entbehrlich. Nach § 1401 BGB. entfällt diese, wenn der Mann durch Abwesenheit oder Krankheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Die Verhinderung durch Abwesenheit ist jedoch nicht ohne weiteres dann gegeben, wenn der Mann die Frau verlassen hat. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob durch

[1]) Staudinger § 1399, 1; RGR. Kom. 1399, 1.
[2]) Staudinger § 1399, 4, c; RGR. Kom. § 1399, 2 u. 7.
[3]) Staudinger § 1358, 2, c und § 1399, 2, a; RGR. Kom. § 1399, 3.
[4]) Staudinger § 1399, 4, a; RGR. Kom. § 1399, 7.

die Abwesenheit des Mannes eine Verhinderung derart eingetreten ist, daß der Mann die Zustimmung nicht vornehmen kann. Das liegt bedenkenfrei vor, wenn die Eheleute getrennt leben und die Wohnung des Mannes nicht auffindbar ist[1]).

Die Verhinderung braucht nicht dauernd zu sein. Es genügt, wenn sie zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts gegeben ist. Die spätere Möglichkeit, die Einwilligung des Mannes einzuholen, muß außer Betracht bleiben[2]).

Außerdem muß mit dem Aufschube Gefahr verbunden sein. Diese wird regelmäßig nur dann vorliegen, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäftes objektiv für eine ordnungsmäßige Verwaltung erforderlich ist[3]). Somit ist die nach § 1401 BGB. geforderte Gefahrenlage gegeben, wenn die Frau sich Mittel für den ehelichen Aufwand verschaffen muß, weil der Mann nicht zu erreichen ist. Wenn Wolff[4]) es für genügend erachtet, daß die Frau den Aufschub der in Frage stehenden Handlung für gefährlich hielt und halten durfte, so kann m. E. daraus nur hergeleitet werden, daß die Frau dem Manne nach § 1359 BGB. nicht verantwortlich ist, nicht aber, daß das Rechtsgeschäft mit dem Dritten gültig ist, wenn die Gefahrenlage objektiv nicht vorhanden war.

Der maßgebende Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1401 BGB. ist der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes; späterer Wegfall ist ohne Einfluß[5]).

Die Entbehrlichkeit der Zustimmung bezieht sich in Einzelfällen auf die Verfügungen, wie auf die Haftung des eingebrachten Gutes bei Verpflichtungsgeschäften (§ 1401 BGB.). Die Frau kann nur im eigenen Namen handeln. Die Leistung kann sie außer an den Mann auch an sich selbst einfordern[6]).

Für den Grundbuchverkehr ist § 1401 BGB. praktisch bedeutungslos, weil der in § 29 GO. geforderte Nachweis für das

[1]) RG. 103/127; RGR. Kom. § 1401/4.
[2]) RG. a. a. O.
[3]) Staudinger § 1401, 2, b; RG. Recht 1925, 941; RGR. Kom. § 1401,4.
[4]) Wolff § 54, I, 1.
[5]) Staudinger § 1401, 5; teilweise a. A. Planck 1401, 5.
[6]) Staudinger § 1401, 1.

Vorhandensein der Voraussetzungen des § 1401 BGB. kaum zu führen sein wird[1]).

Während § 1401 BGB. die Fälle umfaßt, in denen der Mann zur Abgabe der Zustimmung verhindert ist, regelt § 1402 BGB. diejenigen der verweigerten Zustimmung. Gerade bei Getrenntleben der Ehegatten wird es infolge Feindschaft oder Gleichgültigkeit vorkommen, daß der Mann ohne ausreichenden Grund die Zustimmung verweigert. Das Gesetz gibt der Frau für zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte, deren Vornahme zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten erforderlich sind, die Möglichkeit, auf Antrag die Zustimmung vom Vormundschaftsgericht ersetzen zu lassen. Persönliche Angelegenheiten der Frau sind solche, die die Abstammung, Ehre, Freiheit, Gesundheit oder Unterhalt betreffen. Darunter fallen vor allem die Rechtsgeschäfte vermögensrechtlicher Natur, die sich auf die persönlichen Angelegenheiten beziehen, wie z. B. die Kosten für einen Rechtsstreit in einer Beleidigungsklage, Beschaffung eines Darlehens für eine Erholungsreise, des Unterhalts für Frau und Kinder[2]). Daß die Frau einen klagbaren Anspruch gegen den Mann hat, z. B. einen Unterhaltsanspruch, schließt die Anwendung des § 1402 BGB. nicht aus[3]).

Von den §§ 1401 u. 1402 BGB. abweichende Vereinbarungen sind nichtig, da diese Vorschriften zwingend sind[4]).

6.)

Eine besondere gesetzliche Vorschrift darüber, ob die Frau zur Eröffnung oder Fortführung eines selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes der Einwilligung des Mannes bedarf, besteht nicht. Da die volljährige Frau unbeschränkt geschäftsfähig ist, kann eine Einwilligung des Mannes nicht gefordert werden[5]). Denn § 1405 BGB. bestimmt, daß bei Einwilligung des Mannes

[1]) Staudinger § 1401, 6.

[2]) Staudinger § 1402, 2, b; RGR. Kom. § 1402, 3; KGJ. 37/10, OLG. 18/265 f.

[3]) Staudinger a. a. O.

[4]) Staudinger § 1401, 11; Staudinger § 1402, 8.

[5]) Staudinger § 1354, 3, b; RGR. Kom. § 1405, 1.

zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes die Ehefrau zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, der ehemännlichen Zustimmung nicht bedarf; so betrifft diese Regelung lediglich die sich aus der Nutzverwaltung ergebenden Beschränkungen der Ehefrau, also die Verfügungsbeschränkung wie die Nichthaftung des eingebrachten Gutes[1]). Demnach stellt sich die Einwilligung des § 1405 BGB. nicht als Generalkonsens zu den einzelnen Rechtsgeschäften der Ehefrau dar. Daraus folgt, was für die verlassene Ehefrau wichtig ist, daß die Einwilligung nicht in Hinsicht auf einzelne Geschäfte bis zu deren Vornahme zurückgenommen werden kann. § 183 BGB. ist also nicht anwendbar[2]).

Zu den Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, können auch außerordentliche Rechtshandlungen, z. B. Vergleiche[3]) zählen. Auch zu diesen Geschäften ist, wenn der Mann einmal seine Einwilligung zum selbständigen Betriebe des Erwerbsgeschäftes erteilt hat, eine Zustimmung nicht mehr notwendig.

Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn der Mann einen Geschäftsbetrieb der Frau duldet, d. h. Kenntnis von seiner Existenz hat und keinen Einspruch erhebt (§ 1405 II BGB.). Daher ist es für die verlassene Ehefrau empfehlenswert, wenn sie den Mann von der Eröffnung eines selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes in Kenntnis setzt.

Dritten gegenüber wirkt die Nichteinwilligung des Mannes nur, wenn sie ins Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt ist (§ 1405 III BGB.).

Die gleiche Rechtsstellung hat die Frau hinsichtlich eines selbständig betriebenen Gewerbes (§ 11 II Gew.O.)[4]).

Die einmal erteilte Einwilligung vor oder nach Beginn des Erwerbsgeschäftes kann vom Manne widerrufen werden (§ 1405 III BGB.). Darin besteht eine Gefahr für die verlassene Ehefrau. Nach dem Widerruf kann sie z. B. nicht mehr über die

[1]) Staudinger § 1405, 1; RGR. Kom. § 1405, 7.
[2]) Staudinger § 1405, 2, b, $\alpha$ und § 1405, 3.
[3]) OLG. 43/356.
[4]) Staudinger § 1354, 3, c.

Waren verfügen, keine Zahlungen mehr entgegennehmen. Über die Barmittel und das Warenlager kann der Mann ohne ihre Zustimmung Verfügungen treffen. Jedoch braucht die Frau einem Verbot des Mannes, das Geschäft fortzuführen, dann nicht Folge zu leisten, wenn der Widerruf aus bloßer Willkür oder aus persönlichen, die Interessen der Frau gefährdenden Gründen erfolgt[1]).

Darüber hinaus wird in RGR. Kom.[2]) die Ansicht vertreten, daß der Mann unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles wie der in §§ 1353, 1354, 1356, 1358 BGB. aufgestellten Gesichtspunkte verpflichtet sei, die Einwilligung zum Betriebe eines selbständigen Erwerbsgeschäftes zu erteilen. Ob damit der Frau ein klagbares Recht auf Erteilung der Einwilligung gegeben werden soll oder lediglich eine sittliche Pflicht des Mannes zur Erteilung der Einwilligung anerkannt wird, ist nicht ersichtlich. Ein derartiges Klagerecht gewähren jedenfalls die §§ 1353, 1356 BGB. nicht. Einen Anspruch auf Erteilung der Einwilligung gibt auch nicht § 1354 II BGB., da diese lediglich negative Vorschrift für den Fall, daß die Entscheidung des Mannes mißbräuchlich ist, der Frau das Recht gibt, Anordnungen des Mannes die Folge zu versagen. Aus dem Gesetz kann daher nicht hergeleitet werden, daß die Ehefrau u. U. einen Anspruch auf Erteilung der Einwilligung zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes hat; sie ist lediglich berechtigt, einem Widerruf bzw. einem Einspruch keine Folge zu leisten, wenn der Widerruf bzw. der Einspruch willkürlich erfolgt oder den Interessen der Frau und der Kinder zuwiderläuft[3]).

Damit ist der verlassenen Frau durchaus geholfen. Denn sie kann nicht nur u. U. trotz Widerrufs oder Einspruchs ein von ihr vor dem Getrenntleben betriebenes Geschäft mit den Rechtsfolgen des § 1405 I BGB. fortführen; sie kann vielmehr auch als verlassene Ehefrau ein Geschäft neu eröffnen, ohne daß der

[1]) RG. 84/47; Staudinger § 1354, 3, b; RGR. Kom. § 1405, 11 und § 1354, 3.

[2]) RGR. Kom. § 1405, 1.

[3]) RG. 84/47.

Mann in jedem Falle von seinem Einspruchsrecht Gebrauch machen kann.

7.)

Nach § 1406 BGB. bedarf die Frau nicht der Zustimmung des Mannes zu den höchstpersönlichen Befugnissen, die sich auf eine Erbschaft beziehen, zur Ablehnung eines Vertragsantrags oder einer Schenkung, sowie nicht zu Rechtsgeschäften gegenüber dem Manne.

Die Entbehrlichkeit der Zustimmung des Mannes bezieht sich auch auf Rechtsstreitigkeiten, soweit nicht Rechte des eingebrachten Gutes gegenüber Dritten geltend gemacht werden (§ 1407 Ziff. 2 BGB.). Die in Ziff. 3 und 4 des § 1407 BGB. gewährten Befugnisse der gerichtlichen Geltendmachung dienen zur Erhaltung des Frauenvermögens. Daß ein zur Zeit der Eheschließung anhängiger Rechtsstreit von der Frau fortgesetzt werden darf, erscheint selbstverständlich (§ 1407 Ziff. 1 BGB.).

Die §§ 1406 und 1407 BGB. gestalten die Rechtsstellung der Frau gegenüber ihrem Manne freier und sind deshalb für die unberechtigt verlassene Frau von Wichtigkeit.

II.

Die tatsächliche Trennung der Ehegatten wirkt grundsätzlich nicht auf die Rechtsverhältnisse am Vorbehaltsgut der Frau ein.

Doch können sich Änderungen hinsichtlich des Umfanges des Vorbehaltsgutes ergeben. Ist z. B. eine Nähmaschine während der ehelichen Gemeinschaft auch zu Arbeiten für den Mann verwendet, nach Trennung ausschließlich für Arbeiten der Frau benutzt worden, so ist sie damit Vorbehaltsgut geworden, weil sie nunmehr ausschließlich dem persönlichen Gebrauch der Frau dient ( 1366 BGB.)[1]).

Wird die verlassene Frau von ihrem Vater unterhalten, so wird dieser Zuschuß in der Regel Vorbehaltsgut (§ 1369 BGB.)[2]),

[1]) vgl. Staudinger § 1366, 3, d.

[2]) Planck § 1369, 4; Wieruszowski Handb. d. Eherechts, Bd. 2, S. 221; Opet Familienr. § 1369, 3; Schmidt Familienr. 5; ohne Begründung unentschieden RG. 80/218; a. M. Staudinger § 1369, 2, b, $\alpha$.

da auch die gesetzliche Unterhaltspflicht eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 1369 darstellt. Die Bestimmung zum Vorbehaltsgut kann auch stillschweigend erfolgen[1]); ein dahingehender Wille des Vaters ist anzunehmen.

Da auf das Vorbehaltsgut die Gütertrennungsvorschriften anzuwenden sind (§ 1371 BGB.), hat die Frau trotz Trennung einen angemessenen Beitrag aus ihrem Vorbehaltsgut zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes zu leisten, wenn der Mann diesen Betrag nicht durch Nutzungen des Eingebrachten erhält (§§ 1371, 1427 II BGB.)[2]). Der Beitrag ist selbst dann zu leisten, wenn der Frau infolge des Verlassens ein Ehescheidungsgrund zusteht.

Was zum ehelichen Aufwand gehört, ist bereits unter § 11, I, 3 dargelegt worden. Der Aufwand kann sich infolge der Trennung vergrößern, insbesondere wenn zwei Haushaltungen geführt werden. Zur Bestreitung beider Haushaltungen hat auch die unberechtigt verlassene Frau einen Beitrag aus ihrem Einkommen, nicht jedoch aus dem Stamm des Vermögens zu leisten[3]). Die Begründung dieser Pflicht ist hier wie in den zuvor angeführten Fällen daraus zu entnehmen, daß die güterrechtlichen Verpflichtungen und Rechte mit Abschluß der Ehe entstehen und bei deren Fortbestand in Geltung bleiben[4]).

Die Beitragspflicht der Frau beschränkt sich auf die Hergabe angemessener Geldbeträge aus dem Einkommen des Vorbehaltsgutes (§ 1427 II BGB), es sei denn, daß die Ehegatten durch Ehevertrag anderes vereinbart haben. So mag sich die Frau ihrer Pflicht durch Gewährung einer einmaligen Kapitalabfindung entledigen[5]). Ersatz kann sie nur verlangen, wenn kein Zweifel besteht, daß sie bei Vertragsschluß beabsichtigte, Ersatz zu fordern (§ 1429 BGB.)[6]).

[1]) Staudinger § 1369, 3, b, $\beta$.
[2]) Staudinger § 1371, 3; RG. in JW. 1913/269; LZ. 1916/164 ff.
[3]) RGR. Kom. § 1427, 4.
[4]) RGR. Kom. § 1427, 7; RG. 67, 1 ff; RG. in JW. 1908/110.
[5]) RGR. Kom. § 1427, 3.
[6]) Staudinger § 1429, 3, c; RGR. Kom. § 1429, 4; RG. in JW. 1909/660.

Den Beitrag zum ehelichen Aufwand kann die Frau bei erheblicher Gefährdung des Unterhalts für sich und ihre Kinder zurückbehalten (§ 1428 I BGB.). Das bedeutet eine Erleichterung für die verlassene Frau, da die Erfahrungen des Lebens zeigen, daß der an seiner Familie uninteressierte Mann seiner Unterhaltspflicht oft nicht nachkommt.

Während § 1418 Ziff. 2 BGB. eine Verletzung sowie eine erhebliche Gefährdung der Unterhaltspflicht für die Klage auf Aufhebung des Güterstandes der Nutzverwaltung voraussetzt, genügt nach § 1428 BGB. für die Verweigerung der Beitragsleistungen die Besorgnis einer erheblichen Gefährdung des Unterhalts. Liegt schon eine Verletzung vor, so kann sich die erhebliche Gefährdung insbesondere aus der Art und Ursache derselben ergeben[1]). U. U. wird der Frau auch ein Herausgabeanspruch auf die geleisteten Beträge nach § 812 BGB. zustehen[2]).

Ob die Beitragspflicht der Frau wieder entsteht, wenn sie die zurückbehaltenen Beträge zu anderen Zwecken als zu ihrem und der gemeinsamen Kinder Unterhalt verwendet, ist streitig, Die Frau kann den Beitrag „zur eigenen Verwendung" zurückbehalten. Wenn es in § 1428 I BGB. „insoweit — — — als es zur Bestreitung des Unterhalts erforderlich ist", heißt, so bedeutet das nur, daß der Umfang des Beitrags dadurch bestimmt wird. Daraus ist aber nicht mit Notwendigkeit zu entnehmen, daß der zurückbehaltene Beitrag für den Unterhalt verwendet werden muß. Deswegen ist m. E. die Wiederentstehung des Anspruchs auf Beitragsleistung an den Mann abzulehnen[3]).

Für diejenigen, die diese Ansicht ablehnen, ist es streitig. ob den Mann oder die Frau die Beweislast trifft, daß der Betrag anderweitig verwandt ist. M. E. ist mit Staudinger[4]) anzunehmen, daß der Mann die Beweislast trägt, weil er die Entstehung eines neuen Anspruchs geltend macht.

[1]) Staudinger § 1428, 2 i. V. m. § 1418, 3, b, $\beta$.

[2]) Staudinger § 1428, 3.

[3]) Wieruszowski S. 355, Anm. 119; Weber S. 80; a. A. Staudinger § 1428, 3; RGR. Kom. § 1428, 5; Planck § 1428, 5.

[4]) Staudinger § 1428, 5; a. A. RGR. Kom. § 1428, 5; Planck § 1428, 6.

Hat die Frau ihr Vorbehaltsgut dem Manne zur Verwaltung überlassen, so kann sie jederzeit, also auch bei Trennung, die Verwaltung widerrufen (§§ 1430, 671 BGB.)[1]). Denn der Mann hat kein Recht auf Fortsetzung der Verwaltung. Durch den Widerruf entzieht die Frau dem Manne die freie Verwendungsmöglichkeit über Reinüberschüsse aus den Einkünften. Die bei Beendigung noch vorhandenen Einkünfte kann der Mann behalten. In Ansehung des Stammvermögens unterliegt der Mann den allgemeinen Vorschriften, insbesondere trifft ihn Rechenschafts- und Herausgabepflicht (§ 666). Jedoch hat er nur für die nach § 1359 BGB. geforderte Sorgfalt einzustehen[2]). Rechnung ist auch über die Verwaltungskosten wie die erfüllten Verpflichtungen, insbesondere über die Beitragspflicht der Frau (§§ 1371, 1437 BGB.), abzulegen[3]).

Nach § 1430, S. 2 BGB. kann die Frau einseitig Beschränkungen der Verwaltung oder Nutznießung festlegen.

Aus den voran gehenden Darlegungen ergibt sich, daß selbst im Falle der unberechtigt verlassenen Frau die Gütertrennungsvorschriften eben nur auf das Vorbehaltsgut Anwendung finden.

## III.

Wenn auch das Gesetz die Beendigung der Nutzverwaltung lediglich infolge unberechtigten Getrenntlebens der Ehegatten nicht kennt, so bleibt doch im folgenden noch zu erörtern, wann die verlassene Frau berechtigt ist, die Beendigung der Nutzverwaltung herbeizuführen und welche Rechtsfolgen sodann eintreten:

### 1.

Zwar ist es ausgeschlossen, daß der Mann einseitig auf die Nutzverwaltung verzichtet[4]). Denn außer den Rechten legt ihm die Verwaltung im Interesse der ehelichen Gemeinschaft auch

[1]) OLG. 14, 226.

[2]) Staudinger § 1430, 4; RGR. Kom. § 1430, 2 und 5.

[3]) Staudinger § 1430, 3, c; RGR. Kom. § 1430, 6.

[4]) Nicht interessiert hier die Frage, ob der Mann einzelne Gegenstände aus der Nutzverwaltung entlassen kann; s. dazu Staudinger § 1373, 3; RGR. Kom. § 1373, 2; RG. 84, 48.

Pflichten auf, deren er sich nicht ohne weiteres entledigen kann[1]). Ebenso ist ein Verzicht lediglich auf die Nutznießung nicht möglich, da das Gesetz beim gesetzlichen Güterstand die Fortsetzung der Verwaltung allein nicht kennt[2]).

2.

Erst die Klage der Frau, die Nutzverwaltung aufzuheben, kann zur Beendigung des gesetzlichen Güterstandes führen.

Liegen die Voraussetzungen vor, unter denen die Frau Sicherheitsleistung verlangen kann (§§ 1418, Ziff. 1, 1391 I und II BGB.), ist die Aufhebungsklage begründet.

§ 1391 I BGB. verlangt ein Verhalten des Mannes, das ursächlich für die Besorgnis einer Rechtsverletzung ist, die das eingebrachte Gut erheblich gefährdet. Dieses Verhalten ist nicht schon mit der Trennung der Ehegatten ohne weiteres gegeben. Zur Beurteilung müssen außer der Verwaltungstätigkeit die sonstige Handlungsweise und der Charakter des Mannes herangezogen werden[3]).

So hat es das RG. bei Getrenntleben der Ehegatten schon für genügend erachtet, wenn dem Ehemann die Wahrheitsliebe fehlt, er haltlose Beschuldigungen gegen die Frau erhoben hat, so daß infolge seines Charakters künftig mit einer erheblichen Gefährdung der Rechte der Frau gerechnet werden muß. Zum gleichen Ergebnis kommt eine Entscheidung des RG.[4]) in einem Falle, in welchem der Mann seiner Frau ein Sparkassenbuch entwendet und das Versprechen, den Gegenwert zu leisten, nicht gehalten hat.

Dabei braucht ein Verschulden des Mannes nicht vorzuliegen, so daß Unfähigkeit oder Unerfahrenheit genügen, andererseits sind Unglücksfälle wie Vermögensverfall, z. B. zur Zeit des Krieges, dem Manne nicht anzurechnen[5]).

[1]) Staudinger Vorbem. 2, d zu § 1418; RGR. Kom. Vorbem. 1 zu § 1418.

[2]) Staudinger a.a. O.

[3]) Staudinger § 1391, 2, a, $\alpha$; RGR. Kom. § 1391, 2 und die dort angegebenen Beispiele.

[4]) RG. 57/162.

[5]) Staudinger § 1391, 2, a, $\gamma$.

Die verlassene Frau kann die Klage aus § 1418, Nr. 1 BGB. auch dann anstrengen, wenn der Mann kein eingebrachtes Gut in Besitz hat, aber mit der Besorgnis der erheblichen Gefährdung zu rechnen ist, falls er es in seine Hand bringen würde[1]). Unter erheblicher Gefährdung ist dabei die naheliegende Gefahr einer wesentlichen Schädigung zu verstehen[2]).

Die Aufhebungsklage des § 1418 Nr. 1 BGB. steht der Frau weiter zu, wenn ihre Ersatzansprüche auf den Wert verbrauchbarer Sachen erheblich gefährdet sind (§ 1391 II BGB.).

Außerdem kann die Ehefrau die Aufhebungsklage auf die Verletzung des Unterhalts für sich und ihre Kinder durch den Mann und die zukünftige erhebliche Gefährdung desselben stützen (§ 1418 Ziff. 2 BGB.).

Die Verletzung liegt schon dann vor, wenn objektiv[3]) auch nur einem Unterhaltsberechtigten das Mindestmaß des Unterhalts nicht gewährt worden ist.

Die erhebliche Gefährdung kann sich daraus ergeben, daß der Mann leisten kann, aber nicht will oder nachlässig wirtschaftet, so daß die erforderlichen Mittel nicht zusammengebracht werden können[4]).

Die Aufhebungsgründe des § 1418 Ziff. 3 und 4 BGB. kommen für den vorliegenden Fall nicht in Betracht.

Endlich kann die Frau auf Aufhebung der Nutzverwaltung klagen, wenn ein Abwesenheitspfleger bestellt ist und die baldige Aufhebung der Pflegschaft nicht zu erwarten steht (§ 1418 Ziff. 5 BGB.). Damit ist klar zum Ausdruck gebracht, daß die bloße Abwesenheit nicht ausreicht, die Aufhebung zu erreichen, selbst in dem Falle nicht, wenn der Aufenthalt des Mannes unbekannt ist[5]).

Die Voraussetzungen für die Abwesenheitspflegschaft regelt § 1911 BGB. Sie ist auch zu bestellen, wenn der Aufenthalt des

[1]) OLG. Hamburg in OLG. 38/245.

[2]) Staudinger § 1391, 2, a, $\beta$.

[3]) Staudinger § 1418, 3, b, $\alpha$; RGR. Kom. § 1418, 6; RG. in JW. 1911/405; so h. L.; a. A. Schmidt Bem. 3 a.

[4]) RGR. Kom. § 1418, 6.

[5]) Staudinger § 1418, 3, e, $\alpha$.

Mannes zwar bekannt, aber dieser verhindert ist, zurückzukehren und seine Vermögensangelegenheiten zu besorgen[1]).

Eine allgemeine, das ganze Vermögen des Mannes umfassende Pflegschaft ist nicht erforderlich[2]). Eine gegenteilige Ansicht steht im Widerspruch zum klaren Wortlaut des Gesetzes.

Ist jedoch die Abwesenheitspflegschaft wieder aufgehoben worden, so kann der Mann nach § 1425 BGB. auf Wiederherstellung seiner Rechte aus der Nutzverwaltung klagen, wobei es gleichgültig ist, ob der Mann noch fernerhin von seiner Frau getrennt lebt[3]).

Die Klage aus § 1418 BGB. wird nicht dadurch überflüssig, daß sich der Mann zur Herausgabe des Eingebrachten bereit erklärt. Ebenso wird die Klage nicht gegenstandslos, wenn der Mann das eingebrachte Gut herausgibt[4]), wohl aber, wenn der Mann auf Verlangen der Frau sich zum Abschluß eines die Nutzverwaltung ausschließenden Ehevertrages bereit erklärt[5]).

Die Frau kann eine Beschränkung derart, daß sie von dem ihr in § 1418 zugestandenen Recht auf Aufhebung der Nutzverwaltung zu klagen keinen Gebrauch macht, nicht auf sich nehmen; sie ist jederzeit in der Lage, auf Aufhebung der Nutzverwaltung zu klagen, wenn die Voraussetzungen des § 1418 gegeben sind[6]).

Da die Beendigung der Nutzverwaltung mit Rechtskraft des Urteils eintritt (§ 1418 II BGB.), ist eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung des Urteils nicht möglich[7]). Nur durch einstweilige Verfügung kann die Frau Sicherung erreichen. Ob durch diese auch die Aufhebung des Güterstandes erlangt werden kann, ist streitig.

[1]) Staudinger a. a. O.

[2]) Staudinger § 1418, 3, e, $\alpha$ und RGR. Kom. § 1418, 10; a. A. Planck § 1418, 14; Neumann N II 5; Ukkmann Güterr. 291; Opet, 6; Schmidt 6, b (zit. bei Staudinger s. vorher).

[3]) Staudinger § 1418, 3, e, $\beta$.

[4]) RG. Recht 1914, Nr. 363.

[5]) Staudinger § 1418, 6.

[6]) Staudinger § 1418, 8.

[7]) Staudinger § 1418, 5, e und die h. L.; RGR. Kom. § 1418, 11.

Der RGR. Kom.[1]) verneint die Möglichkeit der Aufhebung des Güterstandes der Nutzverwaltung durch einstweilige Verfügung mit der Begründung, daß es nicht zulässig sei, den vom Gesetz angeordneten Zeitpunkt für die Aufhebung — Rechtskraft des Urteils der Aufhebungsklage — durch eine einstweilige Verfügung vorzuverlegen. Dieser aus § 1418 II BGB. abgeleitete Schluß ist unrichtig. Es mag dahingestellt bleiben, ob infolge der Verfügung, die die Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes anordnet, Gütertrennung eintritt[2]) oder nur ein Rechtszustand geschaffen wird, der demjenigen der Gütertrennung entspricht[3]). Jedenfalls bleibt es eine provisorische Regelung. Das Provisorium besteht darin, daß der durch die einstweilige Verfügung herbeigeführte Erfolg nur zeitweilig besteht. Die auf Grund der einstweiligen Verfügung eingerichtete Gütertrennung dauert nur von der Zustellung der Verfügung ab bis zur Beendigung ihrer Wirksamkeit[4]).

Die gegenteilige Auffassung, die lediglich die Beschränkung einzelner Rechte durch die einstweilige Verfügung zuläßt, bietet meist keinen genügenden Schutz. Denn wenn schon die Eheleute getrennt leben und Gründe zur Annahme der Voraussetzungen vorliegen, die zur Aufhebungsklage berechtigen, so ist das Verhältnis zwischen den Ehegatten meist so schlecht, daß nur die Wirkungen der Gütertrennung erfolgreichen Schutz gewähren[5]). Aus diesen und den vorgenannten Gründen ist der Ansicht beizupflichten, die die Möglichkeit der Aufhebung des Güterstandes durch einstweilige Verfügung zuläßt[6]).

Mit Rechtskraft des Urteils, das die Aufhebung des Güterstandes der Nutzverwaltung ausspricht, tritt Gütertrennung ein (§ 1426 BGB.).

[1]) RGR. Kom. § 1418, 5, c und im Anschluß daran OLG. Kassel JW. 1930/1012 ohne Auseinandersetzung mit anderen Ansichten. Planck § 1418, 21, der Gütertrennung im Verhältnis der Ehegatten zueinander, nicht zu Dritten annimmt.

[2]) Staudinger § 1418, 5, c; Ullmann in JW. 1902, S. 207.

[3]) Steinberg Anm. zu OLG. Kassel JW. 30/1012 in JW. 31/1390.

[4]) Im Ergebnis übereinstimmend KG. in Seuff. Bl. Bd. 76/640.

[5]) Steinberg a. a. O.

[6]) so vorwiegende Meinung s. Staudinger § 1418, 5, c.

In Hinsicht auf Dritte wirken die Gütertrennungsvorschriften nur, wenn dem Dritten die Gütertrennung bekannt ist oder diese in das Güterrechtsregister eingetragen ist (§ 1431 I BGB.). Die Eintragung ist auf Antrag eines Ehegatten vorzunehmen (§ 1561 III Ziff. 1 BGB.), so daß die verlassene Ehefrau auch ohne Mitwirkung ihres Mannes diese beantragen kann.

3.

Ist die Rechtskraft des die Aufhebung der Nutzverwaltung herbeiführenden Urteils eingetreten, hat der Mann das eingebrachte Gut herauszugeben (§ 1421, S. 1 BGB.). Dabei schützt § 1422 BGB. die Frau gegen den bösen Willen des Mannes und gegen die Nachteile, die ihr aus einer Verzögerung der Herausgabe drohen. Der Mann haftet der Frau von der Zeit der Rechtshängigkeit der Aufhebungsklage an wie ein Prozeßbesitzer im Eigentümer-Besitzerverhältnis (§ 989 BGB.). Von diesem Zeitpunkt an sind der Frau die Nutzungen herauszugeben (§§ 1422, 292, 987 BGB.; §§ 253, 263, 281 ZPO.)[1]).

Die Herausgabe hat in dem Zustande, der sich nach ordnungsgemäßer Verwaltung ergibt, zu erfolgen, so daß Verfügungen, wie Abnutzung im Rahmen einer ordentlichen Verwaltung nicht ersatzpflichtig machen[2]).

Erfolgt die Auseinandersetzung zwischen beiden Ehegatten nicht gütlich, so kann die Frau Klage auf Herausgabe erheben, wenn sie diese nicht schon mit der Aufhebungsklage verbunden hatte[3]). Im letzten Fall wird § 1422 BGB. gegenstandslos. Einer vorherigen Aufforderung auf Herausgabe durch die Frau bedarf es nicht, da der Mann eine gesetzliche Pflicht durch die Herausgabe erfüllt[4]).

Rechenschaftslegung kann die Frau erst fordern, wenn sie nachgewiesen hat, daß das eingebrachte Gut in den Besitz des Mannes gekommen ist oder dieser es schuldhaft unterlassen hat,

[1]) Staudinger § 1422, 1; RGR. Kom § 1422, 3 u. h. L. s. bei Staudinger ebenda.

[2]) Staudinger § 1421, 2, a; RGR. Kom. § 1421, 3.

[3]) Staudinger § 1421, 1; RGR. Kom. § 1421, 1.

[4]) Staudinger a. a. O.; RGR. Kom § 1421, 2.

es in Besitz zu nehmen[1]). Gelingt ihr dieser Nachweis, so kann sie Rechnungslegung an Sach- und Rechtsinbegriffe wie Leistung des Offenbarungseides fordern (§§ 1421, 259, 260 BGB.).

Auf die Vorschriften der Gütertrennung (§§ 1427—1431 BGB.) weiter einzugehen, erübrigt sich, da diese schon unter § 11, II in bezug auf das Vorbehaltsgut behandelt word sind. Auf diese Darlegungen wird verwiesen.

[1]) Staudinger § 1421, 2, a; RGR. Kom. § 1421, 6.

# C. Schluß.

Nach der vorangehenden Darstellung kann es keinem Zweifel mehr unterliegen, daß die Rechtsstellung der verlassenen Ehefrau gegenwärtig ihrer Stellung als der bisherigen Lebengefährtin des Mannes und als Mutter der gemeinsamen Kinder nicht entspricht. Verschiedentlich hat die Darlegung die Bedeutung des Getrenntlebens mit ihren für beide Ehegatten wichtigen Folgen gezeigt. Es ist daher ein besonderes Erfordernis für den Gesetzgeber, zu diesen überaus wichtigen Fragen der Trennung der Ehegatten eine einheitliche und zusammenhängende Stellungnahme zu finden. Die Lücken, die das Bürgerliche Gesetzbuch gelassen hatte und die als empfindlicher Mangel empfunden wurden, müssen bei einer künftigen Neuordnung des Ehe- und Familienrechts ausgefüllt werden. Es läßt sich nicht mit nationalsozialistischem Rechtsempfinden vereinbaren, zu diesen im täglichen Leben einen immer breiteren Umfang einnehmenden Problemen zu schweigen, sondern m. E. wird auch hier eine neue gesetzliche Grundlage erstehen müssen, die, wenn auch im Rahmen weitestgehender richterlicher Ermessensfreiheit, im Einzelfall der verlassenen Frau eine gerechte Lösung bieten wird. Gerade aus der Tatsache heraus, daß die Familie die Keimzelle des Staates und der Volksgemeinschaft ist und der Staat als organisierte Volksgemeinschaft das Recht und die Pflicht hat, sich um die Grundformen des Gemeinschaftslebens, also um Ehe und Familie zu kümmern, wird eine gesetzliche Stellungnahme meines Erachtens sich nicht vermeiden lassen.

Die Literatur und Rechtsprechung, die die Schwierigkeiten auf diesem Gebiet zum Teil erkannt hat, hatte immerhin das bemerkenswerte Bestreben, die Lage der getrenntlebenden Frau

zu verbessern. Eine befriedigende und umfassende Lösung war ihr jedoch nicht beschieden, da die gesetzliche Grundlage hierzu nicht gegeben war. Die Vormachtstellung des Mannes in der Ehe, die bei Bestehen der häuslichen Gemeinschaft ihre Berechtigung hatte, muß nach der Trennung der Ehegatten von der verlassenen Ehefrau als besonders drückend empfunden werden, besonders dann, wenn keine berechtigten Gründe zur Trennung vorgelegen haben.

Schon bei der Regelung des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1361 zeigte sich, daß das Gesetz nicht allen Möglichkeiten Rechnung trug. Wenn auch nicht erwartet werden konnte, daß durch eine einzige gesetzliche Bestimmung allen im Einzelfall auftretenden Möglichkeiten entsprochen wurde, so führte es doch zu großer Unbilligkeit und Härte gegenüber der verlassenen Frau, daß der wichtige Fall grundlosen Verlassens gänzlich außer Betracht gelassen wurde und ihr für diesen Fall, streng genommen, der Unterhaltsanspruch versagt geblieben wäre. Wegen dieses redaktionellen Fehlers können auch die weiteren mit § 1361 zusammenhängenden Einzelfragen, wie z. B. die Rechte an den Haushaltungsgegenständen auf dieser Grundlage nicht mehr behandelt werden. Aber auch hinsichtlich des materiellen Inhalts des Unterhaltsanspruchs wird es meines Erachtens nicht zweckmäßig sein, die derzeitige Regelung beizubehalten. Grundlage für die Bemessung des Unterhalts an die Frau wird nicht allein die Lebensstellung des Mannes, der sogenannte standesmäßige Unterhalt sein können, sondern ein nach den Lebensverhältnissen beider Ehegatten angemessener Unterhalt.

Ob es zweckmäßig ist, bei einer zukünftigen Regelung das Verschuldensprinzip oder die sogenannte Trennungsberechtigung wieder aufzunehmen, kann hier nicht abschließend beantwortet werden; jedenfalls deutet die jüngste, auch in der Rechtsprechung zu beobachtende Entwicklung[1]) darauf hin, daß der Trennungsberechtigung keine besondere Bedeutung mehr zukommt, daß vielmehr die Tatsache der Trennung als solche schon eine in Geld zu gewährende Unterhaltspflicht erzeugt.

[1]) s. oben S. 29.

Einen besonderen Mangel enthält die derzeitige Regelung durch ihre Unübersichtlichkeit. Durch das System der Verweisungen ist eine klare und übersichtliche Gestaltung nicht mehr gegeben. Gerade hierauf dürfte aber bei einer Neuordnung der Unterhaltspflicht besonders Gewicht zu legen sein.

Aber auch hinsichtlich der Folgen des Getrenntlebens für die Schlüsselgewalt kommt das geltende Recht nicht zu einer befriedigenden Lösung. Da das Gesetz selbst zu der wichtigen Frage, ob bei Getrenntleben der Ehegatten die Schlüsselgewalt der Ehefrau weiterbesteht, sich nicht ausspricht, so blieb es daher der Rechtsprechung und Literatur vorbehalten, hierzu Stellung zu nehmen. Diese Stellungnahme ist aber insofern unzulänglich, als nach dem derzeitigen Stand der Literatur und Rechtsprechung lediglich die Willensrichtung des Mannes als Maßstab für Bestehen oder Wegfall der Schlüsselgewalt angesehen wird. Ein objektiver Maßstab ist nach ihr nicht gegeben. Dies bedeutet eine Verschlechterung der Stellung der verlassenen Frau, da die Entscheidung dieser Frage durch die Beschränkung auf einen subjektiven Maßstab überaus erschwert ist, im übrigen auch die Frau dadurch keinen Einfluß auf diese sie berührende Folge nehmen kann. Auch hier wird es m. E. eine besondere Aufgabe des künftigen Rechts sein, durch eine mit den Unterhaltsfragen übereinstimmende Regelung die Rechtsstellung der verlassenen Frau hinsichtlich der Schlüsselgewalt klarzustellen. Dies um so mehr, als die Schlüsselgewalt eine der wichtigsten Stützen der Frau darstellt, um ihre Aufgabe als Mutter und Hausfrau zu erfüllen.

Besonderes Interesse wird sich der Änderung der geltenden Regelung der Fürsorge für die Kinder zuwenden, in der ebenfalls bisher eine gesetzliche Stellungnahme vermieden ist. Deutlich spiegelt sich daraus die Absicht des Gesetzgebers wider, einen Wechsel in der Fürsorge nicht eintreten zu lassen. Diese Unterstellung wird jedoch nicht immer als zweckmäßig und als allein dem Kindeswohl dienend angesehen werden können, denn es sind zahlreiche Fälle denkbar, bei denen ein Wechsel nicht nur im Kindesinteresse, sondern auch im Interesse der Mutter

angebracht erscheint. Gerade diesen Möglichkeiten trägt die bisherige Regelung nicht in genügendem Maße Rechnung. Wenn hier daran festgehalten wird, daß der Vater, der seine Familie verläßt, auch dann noch Inhaber der Fürsorge bleibt, wenn dies dem Kindesinteresse widerspricht — eine Tatsache, durch die auch die verlassene Frau mitbetroffen wird, — so dürfte diese Grundlage bei einer künftigen Neufassung nicht mehr beizubehalten sein. Das Kindeswohl und die Eignung des Ehegatten werden noch mehr als bisher der ausschließliche Maßstab sein, welcher Elternteil bei der Verleihung des Sorgerechts zu berücksichtigen ist.

Besondere Aufmerksamkeit ist den Rechtsfolgen des Getrenntlebens beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes zuzuwenden. Auch hier läßt sich die gleiche grundsätzliche Haltung des Gesetzgebers beobachten, die möglichst versucht, selbst bei Trennung der Ehegatten die Rechte des Mannes unangetastet zu lassen. So zeigt sich beim gesetzlichen Güterstand, daß fast alle sich hieraus ergebenden Rechte des Mannes keine Änderung erfahren. Für die verlassene Frau bedeutet dies eine in wirtschaftlicher Hinsicht starke Abhängigkeit vom Manne, die mit ihren sittlichen Aufgaben und ihrem hohen Pflichtenkreis nicht in Einklang steht. Die allzu engen Voraussetzungen der §§ 1418 und 1391, unter denen die Frau auf Aufhebung der Nutzverwaltung klagen kann, genügen nicht, um ihr im Falle des Getrenntlebens einen hinreichenden Schutz zu gewähren. Es ist nicht gerechtfertigt, daß nach Trennung der Ehegatten, insbesondere nach unberechtigter Trennung der Mann weiterhin Nutznießer und Verwalter des Frauenvermögens bleibt. Es muß aber auch als große Unbilligkeit angesehen werden, wenn die Frau nach Jahren der Entbehrung und persönlichen Einsatzbereitschaft keinen Anteil an den Ersparnissen aus dem Einkommen des Mannes hat. Zwar ist der Mann durch seine Berufstätigkeit derjenige Teil, der den ehelichen Aufwand zu tragen hat, aber das darf nicht dazu führen, die Leistungen der Frau als Hausfrau und Mutter unvergolten zu lassen. Eine wirtschaftliche Aus-

gleichung zwischen Mann und Frau würde mit der staatlichen Auffassung über die Ehe vereinbar sein, die nicht im Manne und nicht in der Frau, sondern in der Verbindung der beiden Geschlechter die Grundlage für die Zukunft des Volkes erblickt.

Welche Neuregelung der Gesetzgeber im einzelnen treffen mag, stets wird er auch in Zukunft von der Voraussetzung ausgehen, daß das Zusammenleben der Ehegatten in der häuslichen Gemeinschaft das erstrebenswerte Ziel ist, da nur in ihm die Grundlage des Volkes gesichert ist. Besteht aber dieser Idealzustand nicht mehr, ohne daß eine Scheidung der Ehe ausgesprochen ist, dann ist es wenigstens erforderlich, in stärkerem Maße als bisher klare Verhältnisse für alle Beteiligten zu schaffen.

Ähnlich dem Scheidungsrecht ist es m. E. empfehlenswert, in einheitlicher und zusammenhängender Gesetzesfolge die Rechtsverhältnisse der getrennt lebenden Ehegatten klarzustellen. Die hohe Verantwortung und die große Macht, die der Richter im künftigen Eherecht über das Schicksal der einzelnen Ehe ausüben wird, werden dabei vielleicht die Gewähr sein, Unbilligkeiten und Härten gegenüber der verlassenen Frau zu beseitigen.

# Lebenslauf.

Am 2. August 1911 bin ich, Viktor Thewes, als Sohn des Fabrikbesitzers Jakob Thewes und seiner Ehefrau, geb. Demange zu Saarbrücken geboren. Ich besuchte das dortige Reform-Realgymnasium und legte am 9. März 1931 die Reifeprüfung ab. Mein siebensemestriges juristisches Studium begann ich an der Universität Freiburg, wo ich vier Semester verblieb. Alsdann setzte ich mein Studium im Sommer 1933 an der Universität München und im Wintersemester 1933/34 an der Universität Bonn fort. Im Herbst 1934 begab ich mich wieder nach der Universität München, wo ich am 4. April 1935 vor dem dortigen Oberlandesgericht die erste juristische Staatsprüfung ablegte. Das Thema der vorliegenden Arbeit stellte mir Herr Professor Dr. Felgentraeger, dem ich für die Anregungen, die er mir zu meiner Arbeit gab, auch an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen möchte.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 6. August 1937.